

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

NATURE JURIDIQUE DU CONCORDAT

EN MATIÈRE DE FAILLITE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 7 Juin 1910, à 1 heure 1/2

PAR

Charles AUGÉE

Président : M. THALLER.

*Suffragants : { MM. LYON-CAEN, Professeur.
WAHL, Professeur.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

1910



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552422_0025

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

**La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs.**

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

NATURE JURIDIQUE DU CONCORDAT

EN MATIÈRE DE FAILLITE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 7 Juin 1910, à 1 heure 1/2

PAR

Charles AUGÉE



Président : M. THALLER.

Suffragants : { MM. LYON-CAEN, *Professeur*.
WAHL, *Professeur*.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

1910

BIBLIOGRAPHIE

La bibliographie étrangère est signalée au cours du travail, au fur et à mesure des besoins.

- Renouard. *Des faillites*, spécialement tome II.
Lyon-Caen et Renault. *Traité de droit commercial*, tome VII.
Bravard-Veyrières. *Traité de droit commercial*, tome V.
Thaller. *Des faillites en droit comparé*, tome I.
Percerou. *Des faillites* (collection Thaller), tome I.
Wahl. Des droits des créanciers hypothécaires sur les biens acquis au failli postérieurement au Concordat (*Annales de droit commercial*, 1902).
Chéron. A l'égard de quels créanciers le Concordat produit-il ses effets ? (*Revue Critique*, 1905, p. 24 et suiv.).
Rouast. *Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations* (thèse Lyon, 1909).
Arrêt de Cassation du 21 juillet 1903. Note Lyon-Caen au Sirey, 03, I, 449; Rapport du procureur général Baudoin-Clunet, 1904, p. 148.
Notes Thaller. Dalloz, 98, 1, 473 ; Dalloz, 93, 1, 107.
-

NATURE JURIDIQUE DU CONCORDAT

en Matière de Faillite

AVANT-PROPOS

Lorsqu'un commerçant a déposé spontanément son bilan pour bénéficier des avantages de la loi de 1889 sur la liquidation judiciaire, ou lorsque, sur l'initiative de l'un de ses créanciers, il a été déclaré en faillite par le tribunal, une situation nouvelle est par là même créée pour lui. Liquidé judiciaire, il n'a plus sur son patrimoine que les pouvoirs d'un administrateur ; encore les partage-t-il avec le liquidateur nommé par le tribunal et n'agit-il que sous le contrôle de créanciers élus ; un juge commissaire a la haute direction des opérations de liquidation.

Déclaré en faillite, le commerçant est immédiatement dessaisi de l'administration de ses biens, au profit des créanciers chirographaires groupés *ipso facto* en une sorte d'association que la loi désigne du nom vague de masse. Par les soins du syndic, représentant de cette masse, ont lieu toutes les opérations conser-

vatoires du gage commun (par ex : inscription de l'hypothèque) et toutes les procédures propres à établir définitivement le montant du passif (vérification et affirmation des créances).

La consistance de la faillite étant enfin connue, une grave question se pose alors pour les créanciers : est-il opportun de remettre le failli à la tête de ses affaires, de lui accorder des remises et de lui faire crédit pour l'avenir ? ou bien est-il de l'intérêt de la masse de poursuivre la vente des biens du failli à frais communs (Concordat par abandon actif) et même de ménager à chacun de ses membres un droit d'exécution éventuelle sur les biens à venir du débiteur (union). C'est ce problème que les créanciers, réunis en assemblée générale, doivent résoudre, après avoir entendu et discuté les propositions du failli et après avoir pris connaissance du rapport du syndic. La solution est donnée à la double majorité exigée par la loi, c'est-à-dire à la majorité absolue des créanciers représentant les deux tiers des créances portées au bilan. Si elle est favorable au débiteur, on peut dire que les créanciers ont signé avec lui un traité de paix : ce traité est précisément le Concordat. Toutefois le tribunal devra le ratifier, c'est-à-dire donner son homologation. Jusque là (et dans les conditions prévues par l'art. 512, C. com.) tout créancier peut former opposition au Concordat, mais, l'homologation intervenue, le Concordat est définitivement valable ; il ne peut plus tomber

que sous une action en annulation pour dol ou en résolution pour inexécution des conditions, et ce sont là des évènements exceptionnels (art. 518 et 520 C. com.).

Nous avons ainsi indiqué avec concision les causes et les caractères du Concordat. Nous ne pouvions d'ailleurs faire mieux que de détailler l'institution, nous proposant précisément au cours de cette étude d'en rechercher la définition, c'est-à-dire d'en déterminer la nature juridique.

Ce n'est point là œuvre nouvelle.

Après être restée bien des siècles dans l'ombre, la question de la nature juridique du Concordat a été mise en lumière dans la deuxième moitié du xix^e siècle ; des solutions diverses ont été données en Allemagne, en Italie et en France. L'Allemagne, notamment, a une littérature très abondante sur le Concordat et actuellement, beaucoup de jurisconsultes français acceptent les idées germaniques. D'autres pensent (et nous nous rangeons à leur avis) que nos institutions juridiques peuvent s'expliquer par elles-mêmes et sans le secours de théories étrangères. Ce n'est pas là d'ailleurs une querelle chauviniste que nous prétendons engager, quoique nous ne puissions nous défendre d'un sentiment de révolte à voir négliger notre passé et nos ressources juridiques au profit d'un contingent étranger, c'est une question interne d'individualisme ou de collectivisme que nous tentons d'élucider.

Le Concordat est-il un contrat proprement dit,

œuvre de volontés individuelles contrôlée seulement par la juridiction consulaire, ou bien est-il, comme on a trop souvent tendance à l'affirmer, soit un acte d'autorité de l'Etat, souverain appréciateur des intérêts privés, soit une manifestation de la puissance prétorienne du tribunal, condamnant à adhérer à un pacte conclu entre le failli et la majorité, les créanciers de la minorité et les absents ?

Dans le groupe des théories qui s'offrent à notre choix, nous distinguons en effet, sans trop d'arbitraire : 1^o la théorie individualiste qui, voyant dans la masse des créanciers une espèce d'association pourvue de personnalité morale, met en présence, pour réaliser le Concordat, deux initiatives privées : celle du failli et celle du groupe ; 2^o les théories collectivistes qui, n'accordant qu'un rôle restreint aux volontés individuelles ou même les excluant complètement de la confection de l'acte, s'en remettent à l'autorité du soin d'y procéder en tout ou en partie. Ces théories, quoique aboutissant avec plus ou moins de force à une conclusion commune, ont chacune une physionomie, un nom spécial. C'est la thèse de l'effet prépondérant du jugement de Schulze et de Chéron ; c'est celle du contrat procédural de Kohler ; c'est le système amphibie du Concordat, moitié contrat, moitié obligation légale de Löhr ; c'est celui, plus net, d'*obligatio ex lege* d'Œtker ; c'est enfin la théorie du Concordat contrat collectif de M. Rouast. Peut-être aurait-on

tendance à placer entre les deux théories extrêmes que nous avons signalées, une interprétation du Concordat par la *Gesammte Hand*, propriété en main commune. Cette notion de copropriété en main commune, essentiellement germanique, a été proposée, ces derniers temps, pour remplacer la vieille idée de personnalité morale. Il faut, à notre avis, nettement la rejeter ; dans la recherche de la nature juridique du Concordat, elle ne peut nous être d'aucun secours, puisqu'elle n'explique pas l'effet principal vraiment original de cet acte, c'est-à-dire la loi majoritaire. A ce point de vue, l'idée de personnalité morale nous donne toute satisfaction. C'est pour ce motif, et bien d'autres, que nous essayons d'en faire l'application au Concordat dans les développements qui suivent.

PREMIÈRE PARTIE

LA CONCEPTION INDIVIDUALISTE.

CHAPITRE PREMIER

Position de la question : les éléments du Concordat.

Le jugement déclaratif de faillite est intervenu (art. 440 C. com.), faisant perdre au commerçant tout espoir d'éviter la crise, plongeant dans la stupeur les gens qui avaient suivi sa foi et lui avaient ouvert peut-être un très large crédit. Des intérêts multiples ont été gravement compromis, et, pour enrayer le mal, des mesures énergiques ont été prises. A la place du failli, dessaisi de l'administration de ses biens (art. 443), s'est installé le syndic, représentant de tous les créanciers chirographaires (art. 462). Pour ceux-ci, réunis en une masse à laquelle une sûreté réelle a été concédée sur les biens du failli (1), la révocation des actes accomplis par le débiteur pendant la période suspecte a été prononcée (art. 446 et suiv.). Leurs droits ont été ainsi sauvegardés dans le passé et dans

(1) La masse a un droit réel de jouissance sur le patrimoine du failli. Le syndic doit inscrire, à son profit, l'hypothèque dont parle l'art. 490 C. com.

l'avenir. Puis, le titre de chaque créancier a été examiné concurremment par ses collègues, le syndic et le juge-commissaire ; une somme a été inscrite au bilan, représentative des droits des absents, des inconnus et des créanciers conditionnels (art. 491 et suiv.). L'actif est enfin reconstitué ; le passif, approximativement établi : la première partie du drame est jouée (et non la moins difficile) ; la deuxième commence, lorsque, à un dernier appel du juge-commissaire et du syndic, les créanciers se réunissent pour délibérer sur le Concordat.

C'est vers cette conclusion que chacun se hâtait. Elle sera peut-être retardée quelques jours encore si une réponse catégorique aux propositions du failli n'est pas fournie dès maintenant par les créanciers ; mais c'est là une hypothèse dont, en raison de son intérêt minime, il ne convient guère de faire état. Le juge-commissaire déclare la séance ouverte et, avec le seul souci d'accomplir son devoir de magistrat, dirige des débats où il n'a point d'intérêt pécuniaire. Le syndic est présent, lui aussi (art. 506) ; ayant tenu le premier rôle dans la période préparatoire, il donne maintenant à l'auditoire les explications nécessaires, il clôt son rapport par un conseil, un vœu et s'arrête : il n'a point, lui non plus, d'intérêt à l'affaire (1).

(1 Ce n'est pas toujours vrai : il se peut que le syndic soit créancier du failli ; l'hypothèse est même prévue par l'art. 493 C. com., alinéa 2 : « les créances des syndics seront vérifiées par le juge-commissaire.... ».

Mais voici les parties. C'est, d'une part, le débiteur qui fait de belles promesses à ses créanciers : que ceux-ci lui accordent du temps pour se libérer, qu'ils lui consentent quelques remises et tout ira pour le mieux ; de gros dividendes leur seront servis par un homme heureux lui-même d'avoir pris une revanche contre le sort et de s'être réhabilité aux yeux de la Société. C'est, d'autre part, la masse des créanciers qui, sceptique, suppute sévèrement les chances de relèvement du débiteur et combat pour réduire autant que possible l'étendue des sacrifices qu'on lui demande de consentir.

Ces pourparlers, préliminaires d'une entente, caractérisent les relations du débiteur avec la masse de ses créanciers ; et c'est le premier élément du Concordat.

Voici le deuxième. Dans cette masse elle-même, s'agitent les intérêts les plus divers ; et si une majorité s'est déjà dessinée en faveur du Concordat, parmi les créanciers de la minorité, les uns, ne se laissant point attendrir par les promesses de réparation du débiteur, conservent contre ce dernier la rancune des premiers jours et reprochent amèrement à leurs collègues l'indulgence dont ils font preuve vis-à-vis du failli ; les autres, convaincus d'ailleurs de la bonne foi du débiteur, mais persuadés qu'il ne pourra tenir ses engagements, optent pour l'union qui assurera une liquidation plus rapide et plus avantageuse de leurs droits, que le Concordat. Ils unissent donc leurs pro-

testations à celles des autres créanciers de la minorité et s'efforcent de convaincre une majorité dissidente. Cependant, des créanciers dont les titres sont inscrits au bilan, ne figurent point dans l'Assemblée générale : ce sont les absents (1), ceux par exemple que la distance a arrêtés et qui n'ont point délégué de mandataires porteurs d'une procuration spéciale. On ne peut s'empêcher de songer à eux en un pareil moment : quelle serait leur attitude ? un grand point d'interrogation se pose.

Mais le juge-commissaire prononce la clôture des débats et fait passer au vote. Vingt créanciers sont inscrits au bilan pour cent mille francs ; trois sont absents ; six optent pour l'union ; les onze autres, porteurs de soixante-huit mille francs de créances, se prononcent en faveur du Concordat. Peu après, le tribunal de commerce, qui n'a point reçu d'oppositions ou les a déclarées mal fondées, ratifie la décision de la majorité : après cette homologation, le bénéfice du Concordat est définitivement acquis à l'ex-failli.

En somme, en appréciant dans le Concordat, les relations du débiteur avec ses créanciers, les relations des créanciers entre eux et la nécessité de l'homologa-

(1) Il y a d'autres créanciers dont les droits ne sont point nominativement mentionnés au bilan et qui ont cependant, comme leurs collègues, le plus grand intérêt à ce que le Concordat soit ou ne soit pas voté : ce sont ceux qui n'ont été ni admis ni vérifiés : ce sont aussi les inconnus.

tion du tribunal, on constate que cet acte comprend un élément contractuel, un élément majoritaire ou de contrainte et un élément judiciaire. De la complexité apparente du Concordat, s'ensuit-il que nous ne puissions en déterminer la nature ? Certains l'ont pensé : ils ont vu dans le Concordat non point un acte mais deux actes de structure toute différente : d'abord, un contrat, résultant de l'accord des volontés du débiteur et de la majorité des créanciers ; ensuite, un acte de puissance publique imposant l'observation de cette convention aux créanciers de la minorité et aux absents (dérogation à l'art. 1165 Code civil (1)).

Nous nous élevons contre une pareille conception du Concordat et nous ne voyons nullement dans la multiplicité des éléments d'une institution un obstacle à son unité. Toutes les situations juridiques se précisent par la réduction à un dénominateur commun. Le chiffre que l'on obtient varie naturellement suivant la façon dont on a envisagé le problème et établi ses données : quoi qu'il en soit, on tend toujours à l'unité.

Il est bien certain que l'idée collectiviste a influencé

(1) Rappelons la teneur de cet article que le Concordat, suivant les uns, transgresse, et suivant d'autres, au contraire, respecte : art. 1165 « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'art. 1121 ». Cette scission du Concordat en un contrat et en un jugement est faite par la doctrine française ancienne et par la jurisprudence sous réserve pourtant d'un arrêt de Cassation dont nous aurons souvent l'occasion de parler. Cass., 21 juillet 1903, S., 03, I, 449.

énormément les auteurs allemands et ceux qui ont tablé sur leurs données : ils ont voulu laisser souverain juge de l'opportunité ou de l'inopportunité du Concordat, l'Etat ou le Tribunal, et le Concordat leur est apparu comme un acte de puissance publique pur et simple, l'autorité décidant seule de la solution la plus favorable à l'intérêt général. Nous n'insistons pas maintenant sur les dangers d'une pareille conception, qui, d'ailleurs, défigure absolument l'institution du Concordat telle que l'ont créée les grandes cités italiennes du moyen-âge et nous ne comprenons pas qu'on puisse envisager le Concordat autrement que comme un contrat intervenu entre une personne morale, la masse, et le débiteur : contrat examiné et ratifié par le tribunal, simple protecteur des intérêts privés. Ainsi, l'élément majoritaire se fond dans l'élément contractuel dont l'élément judiciaire n'est lui-même qu'une perfection, un couronnement. Il importe maintenant de démontrer cette proposition, en déterminant dans quelle proportion l'élément contractuel d'une part, l'élément judiciaire de l'autre, entrent dans la construction du Concordat. Ce sera l'objet des deux chapitres suivants.

CHAPITRE II

L'élément contractuel dans le Concordat.

Le jugement déclaratif de faillite a une double conséquence : 1^o il dessaisit le débiteur de l'administration de ses biens ; 2^o il groupe les créanciers chirographaires en une sorte de société, la masse, au profit de laquelle seront prises toutes les mesures conservatoires nécessaires et, éventuellement, sera liquidé le patrimoine du failli. Il faut bien prendre garde que cette association n'est pas une création arbitraire du tribunal : elle naît spontanément de la faillite et se justifie par la nécessité pour tous ceux qui ont suivi la foi du débiteur, sans lui demander des sûretés spéciales, de rechercher en commun la solution la moins défavorable aux intérêts généraux (1). Il est certain que chaque créancier chirographaire a droit, au même titre que son voisin, au remboursement de sa créance et que le fait pour lui d'être plus rapproché du débiteur et ainsi plus à même de l'exécuter, le fait égale-

(1) Peuvent seuls prendre part au vote les créanciers chirographaires. Les créanciers hypothécaires ou nantis font partie de la masse, mais n'y ont pas, en principe, voix délibérative.

ment d'être mieux renseigné sur l'état de ses affaires ne doivent point justifier de sa part une saisie particulière, des diligences à son seul profit.

Cette assertion qui, en l'état actuel du droit, est fausse en ce qui concerne la déconfiture d'un non-commerçant, recouvre toute sa valeur, appliquée comme elle l'est ici, à la faillite. Elle est d'ailleurs conforme non seulement aux règles du Code commercial mais aussi au principe supérieur posé par le Code civil lui-même. Les art. 2092 et 2093 C. civ. décident que la personne, en s'obligeant, engage son patrimoine, et que ce patrimoine est le gage commun des créanciers. Pour que ce principe reçoive une application intégrale, il faut que l'un quelconque des créanciers ne puisse pas, à un moment donné, saisir tout ou partie des biens du débiteur et se payer sur le prix de vente sans que les autres créanciers, avertis, ne soient venus défendre leurs intérêts, empêcher une exécution peut-être prématurée, ou du moins recueillir leur part de l'opération. Il faut encore que les créanciers ne soient point tenus de souffrir, sans protestation, les actes d'aliénation faits par le débiteur en fraude de leurs droits, et l'art. 1167 C. civ. leur permet de faire rentrer dans ce patrimoine la valeur qui en est indûment sortie, comme il les autorise à contester l'admission au partage éventuel des biens, du pseudo-créancier dont le débiteur veut imposer la présence. Cet art. 1167 ne conserve pas à l'action Paulienne

sa physionomie romaine de poursuite collective des créanciers contre l'intrus et surtout la procédure n'a plus pour fin l'utilité commune, puisque, à la différence de ce qui se passe dans l'hypothèse de l'art. 1166, les diligences d'un créancier ne profitent qu'à lui seul ; puisque l'immeuble, objet de l'action en nullité, est affecté au désintéressement du seul poursuivant. Dans la faillite, il est vrai, ces calculs égoïstes ne se produisent plus : le bien détourné rentre dans le gage commun des créanciers et la nullité des aliénations frauduleuses est prononcée par l'art. 446 C. com. pour le compte de la masse « sont nuls et sans effet, relativement à la masse ». Enfin, pour que le principe d'équité posé par l'art. 2093 ne soit point violé, il est nécessaire que les créanciers à terme soient admis actuellement à participer à l'action commune et qu'ils soient assimilés aux porteurs de titres purs et simples : cette déchéance du terme contre le débiteur n'est pas seulement mentionnée dans l'art. 444 C. com. ; elle figure aussi dans l'art. 1188 C. civ. (1).

Le groupement des créanciers en une masse est donc, pourrait-on dire, *suprà* légal, puisqu'il a pour cause un principe naturel dont l'art. 2093 n'est même

(1) « Le jugement déclaratif de faillite rend exigibles, à l'égard du failli, les dettes passives non échues » (art. 444). — « Le débiteur « ne peut plus réclamer le bénéfice du terme, lorsqu'il a fait faillite « ou lorsque, par son fait, il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier » (art. 1188).

pas l'exacte expression et dont on ne trouve point d'application en dehors de la faillite. C'est à Rome seulement que l'on en suit le développement rigoureusement logique (1). A l'origine, nous voyons le débiteur qui répond sur sa personne même de l'exécution de ses obligations ; l'obligation d'ailleurs, à l'époque classique, n'est-elle point encore appelée : un *vinculum* ? Si le créancier le plus diligent peut faire *manus injectio* sur le débiteur, du moins n'a-t-il pas le droit de l'exécuter sans avoir provoqué l'intervention des autres créanciers, au moyen d'une triple publication faite aux jours de marché, pendant les deux mois de captivité du débiteur (2). La vente *trans Tiberim* a lieu à profit commun, et, si le débiteur est mis à mort, les associés s'en partagent fidèlement les morceaux.

Peu à peu, sous l'influence d'idées, selon les uns, humanitaires, selon les autres (plus justement), utilitaires, l'assiette de l'obligation s'est légèrement déplacée. L'obligation ne pèse plus tant sur la personne

(1) Sur l'origine romaine de la faillite, voyez notamment Thaller, *Des faillites en droit comparé*, I, p. 7 et suiv. et Kohler, *Lehrbuch des Konkursrechts*, *Annales de droit commercial*, 1891-92.

(2) Girard. *Procédure civile des Romains et Traité élémentaire*, p. 980 et sq.

Adde le texte d'Aulu Gelle si souvent cité (*Nuits attiques*, 20, 1, 47) : *Tertius autem nundinis capita pœnas dabant aut trans Tiberim peregre venum ibant.* — Adde XII Tables : [« *Tertiis nundinis partis secanto si plus minusve secuerunt, se fraude esto* ».

physique du débiteur que sur son patrimoine qui est le support de sa personne juridique. Ce patrimoine est, dans le véritable sens du mot, le gage commun des créanciers (1) ; ceux-ci, pour obtenir leur paiement, unissent leurs efforts dans une poursuite collective et le *bonorum emptor*, successeur universel entre vifs, verse au syndicat des créanciers la valeur du patrimoine acquis en bloc.

Il est inutile d'aller plus avant dans cet historique, puisque, en présence de la *bonorum distractio* et du régime outrancier de l'impignoration du Bas-Empire, nous n'aurions qu'à déplorer la perversion de l'idée primitive et qu'à constater une analogie très forte avec les coutumes germaniques, véritable préliminaire de notre système actuel de saisie. Il suffit d'avoir mis à jour, en grattant légèrement le sol, le fondement véritable du régime de la faillite : la personne ou le patrimoine qui la représente étant une unité, l'association des créanciers s'impose ; l'indivisibilité des poursuites est le corollaire de l'indivisibilité de la personne. Le droit romain n'a point tiré de cette notion toutes ses conséquences : il a bien armé le syndicat des créanciers du droit d'exécution ; il ne lui a pas reconnu la faculté de conclure avec le failli, sous le bénéfice de la loi majoritaire, un pacte de remise et d'atermoiement. Le Concordat est sorti seulement au Moyen-Age, en

(1) C'est en ce sens seulement qu'on peut parler du caractère socialiste de la faillite.

Italie, de l'institution romaine qui le renfermait (1). Depuis lors, il s'est développé dans toutes les législations européennes ; il a été pratiqué constamment dans l'ancien droit français et le Code de commerce n'a donc rien innové en le réglementant comme l'aboutissant normal de la procédure de faillite (2). Dans la suite, les lois de 1838 et 1889 n'ont apporté à l'exercice du droit de la masse que des modifications secondaires, notamment en ce qui concerne le taux majoritaire des créances, ramené des trois quarts aux deux tiers

Il ne nous appartient pas de rechercher maintenant pourquoi un régime différent existe pour les créanciers d'un commerçant failli et pour ceux d'un particulier en déconfiture : cette question, très intéressante, pren-

(1) Nous repoussons l'opinion généralement admise (voyez notamment Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. 7, p. 529) qui voit l'origine du Concordat dans les pactes de remises consentis par la majorité des créanciers à l'héritier de la succession obérée, et invoque, entre autres textes, le fameux passage : « Si vero dissentiant... » Il s'agit ici d'une institution du droit des successions : le bénéfice d'inventaire, et qui trouverait peut-être son origine dans l'idée de mandat.

(2) On pourrait observer que, dans le droit français, la procédure d'exécution a suivi à peu près la même évolution qu'à Rome. Tandis que le droit romain est allé de la manus injectio à la bonorum venditio, le droit français a passé peu à peu de l'exécution simultanée de la personne du débiteur et de ses biens, à l'exécution du seul patrimoine. Voir sur ce point les mesures excessivement rigoureuses prises contre le failli dans l'ancien droit. Thaller, *op. cit.*, I, p. 62 ; Kolher, *loc. cit.* ; Renouard, *Des faillites, initio* ; Straccha, *de mercatura seu mercatore*, titre : de Conturbatoribus, etc. Dans la loi de 1838, elles sont encore au 1^{er} plan, voyez art. 455, C. com. Depuis la loi du 22 juillet 1867, elles n'existent pour ainsi dire plus.

draît une large place dans une étude sur la faillite (1).

Il est certain d'ailleurs que, en droit romain, cette différenciation du commerçant et du non-commerçant n'existait pas dans la procédure de la *venditio bonorum*. Et, quoique l'assertion soit assez fortement discutée, on prétend qu'elle était également inconnue du Moyen-Age et de l'ancien droit. Peut-être pourrait-on rapprocher le développement des garanties données aux créanciers chirographaires de l'extension du formalisme en matière commerciale. Il nous semble que les deux phénomènes sont connexes et qu'on pourrait les expliquer par la rapidité croissante des transactions, par leur multiplicité et surtout par leur éparpillement.

Le commerce, par une conséquence de la différenciation des fonctions et de la division du travail, ne s'internationalise-t-il pas chaque jour davantage ? La fortune d'un commerçant court le monde, dit-on souvent, et la formule est à peu près juste. Du moins, à la différence du particulier, le commerçant a-t-il un crédit plus anonyme et plus morcelé. Le crédit se concrétise en un formalisme nécessaire et il devient lui-même une opération commerciale tentée par la masse de tous ceux qui ont suivi la foi du débiteur. Il n'est donc point étonnant qu'au moment de la crise, le

(1) Beaucoup de pays soumettent au régime de la faillite le débiteur civil. Au contraire, la France, l'Italie, la Belgique, l'Argentine ne connaissent que la faillite du commerçant.

groupe des créanciers intervienne souverainement, et pour donner une solution unique.

De cette dernière assertion, sortirait peut-être une conséquence intéressante : on pourrait légitimer l'existence de la masse des créanciers non plus seulement pour le principe naturel de l'indivisibilité de la personne et par là même du patrimoine représentant de la personne, mais aussi *par la règle de la solidarité professionnelle des commerçants*. L'association des créanciers aurait donc une base contractuelle et il n'y aurait aucune exagération à dire que tous ceux qui ont suivi la foi du débiteur ont implicitement accepté d'entrer dans un syndicat qui aura pour mission éventuelle la liquidation à frais communs et à parts proportionnelles, du patrimoine du failli et la sauvegarde des intérêts de chacun de ses membres (1).

Ce syndicat ainsi virtuellement créé s'organise réellement lorsque la crise éclate : il est alors véritablement une personne morale, administrateur d'un patrimoine et poursuivant un but déterminé.

Faut-il, au lendemain de la faillite, ne tenir compte que des relations de la personne morale avec le failli d'une part et avec les tiers d'autre part, et faire

(1) Cette association contractuelle a-t-elle pour fondement l'intention chez les créanciers, de s'assurer mutuellement contre les risques d'insolvabilité totale, ou bien dérive-t-elle d'une stipulation conditionnelle que le commerçant serait censé faire vis-à-vis de chaque chirographaire nouveau et au profit de tous les anciens ? Cette dernière hypothèse est assez plausible.

abstraction de celles des associés entre eux ? Certes non ! depuis le jugement déclaratif de faillite jusqu'au moment du vote sur le Concordat, les créanciers chirographaires agissent fréquemment chacun pour soi et l'on peut dire même que leur activité suffit presque à remplir toute la période préparatoire du Concordat (1). C'est qu'il s'agit pour eux de prendre leurs places dans le cadre du syndicat et pour y pénétrer, ils doivent exhiber leurs titres. Ils le font dans la procédure de vérification et d'affirmation des créances. Ils ont grand intérêt d'ailleurs à ne voir entrer dans l'association que le plus petit nombre possible de personnes : de toutes leurs forces, ils barrent la porte aux nouveaux arrivants : ils contestent leurs créances.

La période préparatoire est enfin close ; désormais, les droits de l'association sont bien déterminés ; la composition du patrimoine du failli a été nettement établie par les soins du syndic, représentant de la masse. Il n'y a plus, au moment du Concordat, que deux parties l'une en face de l'autre : la personne morale qui s'appelle la masse, et le failli.

Voilà pourquoi il nous semble que dans l'assemblée

(1) Il faut cependant tenir compte, soit des délibérations que l'Assemblée générale prend à l'occasion de la nomination ou du remplacement des syndics (art. 462, 464, 467 Code com.), soit des actes conservatoires ou des mesures d'administration prises par le syndic dans l'intérêt de la masse (art. 490 notamment).

générale, on ne doit plus se préoccuper, au point de vue du vote du Concordat, des sentiments des créanciers présents et des intérêts des absents (1). Comme dans toutes les assemblées imaginables de cette nature (2) « la majorité est l'organe interprétatif du groupe »; elle en est le porte-parole; elle en manifeste les intentions, et, en acceptant le Concordat, elle agit pour la masse, c'est-à-dire pour tous les créanciers.

La personne morale a atteint son but sans opprimer aucun droit, et en disparaissant, elle laisse à chacun de ses membres, avec l'usage d'une hypothèque inscrite au début de la faillite dans un intérêt commun et destinée à assurer le respect de ses droits par les tiers, une véritable charte dont il pourra se prévaloir pour le paiement de ses dividendes vis-à-vis de l'ex-

(1) Ce sera l'œuvre de la justice de constater qu'ils n'ont pas été injustement sacrifiés ou plutôt qu'ils sont entrés en ligne de compte dans la formation de la volonté de la masse.

(2) Thaller, surtout aux notes sous les arrêts de 1893 et du 9 janvier 1898, Cass., D. 93, I, 407 ; D. 98, I, 473. Ont aussi reconnu la personnalité de la masse : Percerou (*Des faillites*, collection Thaller, p. 85 et suiv.) ; Fitting-Rocco ; (*Il concordamento nell fallimento*, 1902) ; Seuffert s'exprime ainsi : « Ce n'est que par « l'explication que le contractant-créancier fait partie d'une société « organisée, qui a son organe dans l'Assemblée des créanciers et « décide par lui de l'acceptation ou du refus de la proposition de « contrat du débiteur que l'effet du contrat peut s'expliquer raison- « nablement à l'égard de tous les créanciers... Que l'Assemblée des « créanciers par sa décision puisse toucher aux *jura singulorum*, « cela s'explique par les rapports de communauté qui se sont établis « pendant la faillite entre les créanciers ».

failli (1). Ainsi par l'idée toute naturelle de personnalité morale, s'expliquent très simplement toutes les apparentes singularités de la procédure de faillite, et surtout l'existence de la loi majoritaire, dans le vote du Concordat (2). La notion du Concordat se précise alors : c'est un contrat conclu entre le débiteur et l'association des créanciers chirographaires inscrits au bilan.

La définition n'est pas complète, et il faudra tenir compte de l'homologation du tribunal dont nous allons déterminer les effets. Mais nous savons déjà que le Concordat est un contrat, œuvre de deux volontés dont l'une seulement a besoin d'être protégée, et dans l'élaboration duquel aucune contrainte légale ne s'est encore produite (3).

(1) Art. 317 C. com. : « L'homologation conservera à chacun des « créanciers sur les immeubles du failli l'hypothèque inscrite en « vertu du 3^e paragraphe de l'art. 490. A cet effet, les syndics « feront inscrire aux hypothèques le jugement d'homologation, à « moins qu'il n'en ait été décidé autrement par le Concordat ».

(2) Constatons dès maintenant que le Concordat ne fait nullement échec à l'art. 1165 : les membres de la masse ne devant pas être arbitrairement divisés, comme on le dit trop souvent, en parties à l'acte et en tiers.

(3) Nous ne songeons point à parfaire ici la démonstration de la personnalité morale de la masse ; celle-ci se dégagera naturellement des développements suivants qui sont relatifs à l'homologation concordataire et à la réfutation des systèmes de puissance publique

CHAPITRE III

L'élément judiciaire dans le Concordat.

Nous avons assigné à la masse des créanciers une origine historique ; nous avons essayé de montrer qu'elle a aussi une base contractuelle ; par ces deux assertions nous avons fortifié la notion d'unité, de personnalité du groupe et ainsi nous avons justifié la loi majoritaire. Jusqu'ici donc, le Concordat nous apparaît comme un contrat ordinaire librement débattu par deux parties, et ne dérogeant point à la règle : *res inter alios acta*. Mais dans la conclusion du Concordat, l'élément contractuel ne figure point seul, l'élément judiciaire y entre aussi pour une part qu'il s'agit maintenant de déterminer. L'art. 513 C. com. dit formellement : « l'homologation du Concordat sera poursuivie devant le tribunal de commerce, à la requête de la partie la plus diligente. . . »

Voilà donc la justice appelée à intervenir dans une convention qui, semble-t-il, n'avait point besoin pour persévérer et produire ses effets, de puiser ailleurs un supplément de vitalité ! Comment expliquer cette anomalie ? Comment, à priori, ne pas douter que le législateur n'ait voulu ici gravement déroger au prin-

cipe infiniment respectable de l'autonomie de la volonté ? Pourtant, à la réflexion, on s'aperçoit qu'il n'en est rien. De même qu'au vieux formalisme romain, les nécessités économiques et commerciales ont infusé une sève nouvelle, de même, quoique dans une moindre mesure, le droit actuel respecte le principe de la symétrie si cher aux contemporains des actions de la loi. Le tribunal a déclaré la faillite ouverte ; c'est lui qui doit décider qu'elle est close. Le commerçant s'était montré incapable de bien conduire ses affaires et il ne pouvait faire face à ses engagements : le tribunal l'avait frappé d'une sorte d'interdiction ou plutôt l'avait dessaisi de l'administration de ses biens par protection pour ses créanciers non nantis ; il arrive un moment où, de l'aveu de la majorité des ayants-cause universels, de l'aveu aussi des gens désintéressés comme le syndic et le juge-commissaire, ce même commerçant offre des garanties suffisantes pour l'avenir. On reconnaît qu'il n'est tombé en faillite que par suite de circonstances indépendantes de sa volonté ; c'est un homme honnête et intelligent qui n'a été que malheureux et pour lequel le maintien du dessaisissement serait injustifié. D'autre part, les créanciers, disposant de tous moyens d'information, puisque c'est par les soins du syndic, représentant de la masse, que la liquidation a été préparée de bout en bout, ont, en majorité, convenu que le Concordat était à l'avenir la meilleure garantie de

leurs droits. Prolonger une mesure de protection à laquelle l'organe interprétatif de la masse a prétendu renoncer, serait illogique. Le tribunal ratifie donc la cessation du dessaisissement ; mais cette dernière intervention de la justice n'a pas un caractère aussi énergique que la première, et voilà où est l'entame à l'antique principe de symétrie. En d'autres termes, l'homologation et le jugement déclaratif de la faillite se différencient à plusieurs points de vue. Le jugement était rendu en l'absence de toute convention privée, pour constater le péril d'une situation et y porter les premiers remèdes ; l'homologation intervient après qu'un contrat a été signé entre le failli et l'association de ses créanciers et pour l'approuver sans commentaires. Là, le tribunal se trouvait en présence d'un fait dont il prenait acte, la cessation des paiements ; ici, il apprécie un accord et le ratifie. N'exagérons rien d'ailleurs et ne perdons point de vue que l'activité de la justice a pour raison d'être unique, aux deux moments : ouverture et clôture de la faillite, la protection des créanciers du failli ; elle ne s'exerce donc pas arbitrairement, et cela est si vrai que non seulement les juges peuvent se dispenser de déclarer la faillite d'un commerçant, lorsque presque tous ses créanciers se déclarent désintéressés, et que les créanciers qui demandent la déclaration de faillite, agissent, non par intérêt, mais par mauvais vouloir (1) ; mais

(1) Cass., 21 mars 1855.

aussi que ces même juges peuvent refuser de ratifier le Concordat qui leur est soumis « lorsque des motifs « tirés, soit de l'intérêt public, soit de l'intérêt des « créanciers, paraîtront de nature à empêcher le « Concordat (1) ». Ainsi, le maintien à peu près intégral du principe *quæ certo jure*... n'apparaît plus comme une survivance sans signification du vieux droit romain : il s'explique par l'idée de la protection que le pouvoir judiciaire doit dans toute société civilisée à chacun de ses membres.

Cette protection, il est vrai, qui paraît nécessaire lorsque la crise éclate et surprend à la fois le commerçant et les créanciers désorganisés, se justifie beaucoup moins quand les intéressés ayant eu le temps de se ressaisir, le failli et l'association des créanciers chirographaires ont signé un Concordat.

Il semble, en effet, que le Tribunal n'ait rien à voir dans un contrat qui nous est apparu jusqu'ici comme librement débattu et consenti par les parties. Vient-il protéger le failli ? Mais, dira-t-on, celui-ci est réputé capable depuis la convocation de l'assemblée générale concordataire. Il faut même aller plus loin et dire que le failli n'a été à aucun moment, à proprement parler, un incapable. Sans doute, il est privé de l'administration de ses biens à la suite du jugement déclaratif et il ne peut faire sur son patrimoine aucun acte, engager aucun procès sans l'assentiment de ses créanciers ;

(1) Art. 313 Code com.

mais c'est une conséquence du dessaisissement, de l'affectation du patrimoine à la garantie de la masse. Le failli est si peu un incapable qu'il lui est loisible de diriger une nouvelle exploitation commerciale et de contracter ou même de transiger valablement à cette occasion avec les tiers (1). Ce n'est donc pas lui que le tribunal protège, en examinant le Concordat et en refusant, s'il y a lieu, de le ratifier. D'ailleurs, la loi ne le nomme même pas dans l'art. 515 : « En cas
« d'inobservation des règles ci-dessus prescrites, ou
« lorsque des motifs tirés, soit de l'intérêt public, soit
« de l'intérêt des créanciers, paraîtront de nature à
« empêcher le Concordat, le tribunal en refusera
« l'homologation ».

La justice apprécie donc le Concordat « dans l'intérêt des créanciers ». Ce sont eux qui ont besoin d'être protégés à peu près au même titre que des mineurs. Mais pourquoi ? Et cette constatation ne vient-elle pas contredire une notion déjà bien établie ?

Les créanciers, en consentant à suivre la foi du

(1) Le failli peut aussi exercer tous les droits « qui sont exclusivement attachés à sa personne » et il intente en justice toutes les actions extra-patrimoniales ; notamment, il a qualité pour poursuivre seul la personne qui l'a diffamé. On s'est même demandé s'il ne pourrait pas, en offrant de payer avec de l'argent mis à sa disposition par un parent ou un ami, la *cautio judicatum solvi*, intenter une action pécuniaire que le syndic se refuse à poursuivre. Bien entendu, en pareil cas, s'il gagnait son procès, il devrait verser à la masse le montant de la condamnation par lui obtenue contre un tiers. Ajoutons que la jurisprudence refuse, en général, au failli pareille faculté. La question est donc purement théorique.

débitéur, ont pris tacitement l'engagement d'entrer dans une association qui assurera, dans la mesure du possible, le respect de leurs droits au cas de faillite du commerçant. Ils ont entendu, en d'autres termes, se grouper éventuellement en un syndicat destiné à poursuivre dans l'intérêt commun, la moins désavantageuse solution de la crise. Ils sont, comme l'a fort bien montré un auteur (1), dans une situation assez voisine de celle des actionnaires d'une société anonyme, avec cette différence toutefois qu'ils ne sont pas réunis, comme ces derniers, pour réaliser un gain, mais simplement pour limiter leurs pertes.

La personne morale qui s'appelle la masse, prend pour l'administration du patrimoine social des décisions unitaires ; ce ne sont pas les associés, c'est la société qui vend, achète et plaide (2). Ce ne sont pas les créanciers, c'est la masse qui accorde au failli son Concordat. Les individualités, nous l'avons dit, ne sont consultées dans les Assemblées générales que pour

(1) Percerou, *op. cit.*, p. 85 : « La masse ressemble de fort près à une société et la comparaison des deux institutions s'impose. . . ». Sans doute, la masse ne poursuit pas la réalisation de bénéfices ; ce qui, d'après l'art. 1832 C. civ., est le trait caractéristique de la société, « mais si l'on fait abstraction de cette différence non capitale en somme, on retrouve ici tous les traits essentiels de la société, particulièrement de la société par actions ».

(2) Le fait que c'est le syndic qui figure aux procès intentés pour ou contre la masse et représente celle-ci en justice, nous fournit un puissant argument en faveur de la personnalité de la masse. En ce sens, voyez Thaller, *Traité élément. droit comm.*, n° 1698 et Percerou, *op. cit.*, p. 88 ; *adde* Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, VII, n° 472.

concourir à la formation de la volonté de la personne morale ; le jeu normal de la loi majoritaire est d'exprimer, au sens fort du mot, la décision de la masse : la volonté de la personne morale est comme une distillation des volontés des associés.

Les créanciers dans cette conception, ne sont donc pas des incapables, puisqu'ils sont consultés ou du moins appelés à la consultation ; aucun d'eux n'est opprimé puisqu'il a librement manifesté son opinion et que celle-ci, au même titre que celles de ses collègues, a été jetée dans la combinaison électorale.

La conséquence la plus certaine, la plus logique de la notion de personnalité morale est donc la loi majoritaire ; et celle-ci n'est point, *à priori*, comme on l'a trop souvent dit, un instrument de tyrannie, mais bien au contraire une manifestation libérale. Le législateur de 1867 et de 1893 l'a bien considérée comme telle, puisqu'il n'a point cherché pour elle une justification, une base, dans l'homologation du tribunal ; le législateur de 1838 et 1889 n'a pas osé adopter une solution aussi franche et il a exigé une ratification du vote concordataire par les juges de commerce, absolument comme le Code italien soumet à l'homologation du tribunal l'acte de constitution d'une société.

Peut-on l'en blâmer ? Non certes ; et la nécessité d'une homologation se justifie à nos yeux par deux excellentes raisons. Il faut considérer d'abord que, dans l'élaboration de la volonté collective, il n'a peut-

être pas été tenu un compte suffisant des desiderata de la minorité et des intérêts des absents. Des individualités ont été exécutées par la loi majoritaire et sans profit pour la masse : une conspiration était ourdie par le failli et la majeure partie des créanciers présents contre la minorité des chirographaires et les protestations de ceux-ci n'ont point été entendues. Le législateur devait-il favoriser cet écrasement du faible par le fort ? Ne devait-il pas, au contraire, considérer comme un faux organe interprétatif du groupe, une majorité se prononçant dans de telles conditions, en faveur du Concordat ? Mais, dira-t-on, les dissidents et les absents ne faisaient ici que subir le sort commun à toutes les minorités, à tous les éléments abstentionnistes. Les actionnaires, dans l'Assemblée générale, supportent bien sans recours possible les conséquences de la loi majoritaire. Cette objection n'a point de valeur si l'on se rappelle que l'actionnaire, qui se prétend lésé, peut toujours sortir de la société en vendant son titre libéré du quart, tandis que le créancier n'a point la même faculté de s'évader de la masse : il est en état de nécessité ; il doit être protégé.

Mais ce n'est pas seulement au dissident, à l'absent, que la protection judiciaire est nécessaire ; c'est aussi au créancier majoritaire (1) ; allons plus loin, elle est

(1) Argument : Art. 515 : « Lorsque des motifs tirés soit de l'intérêt public, soit de l'intérêt *des créanciers*, paraîtront de nature à empêcher le Concordat... » La loi ne fait aucune distinction entre les chirographaires dissidents ou consentants.

due à la masse, à la personne morale elle-même, consentante au Concordat. C'est elle qui est incapable et le contrat qu'elle a passé avec le failli doit être ratifié par le tribunal au même titre que l'acte de disposition passé par le tuteur, au nom du mineur, sur l'un de ses biens.

La masse n'est point, en effet, aussi coordonnée que la société commerciale proprement dite ; les éléments qui la composent sont moins homogènes : tandis que les associés ont directement consenti à s'intéresser à une entreprise naissante ou déjà développée, l'entrée des créanciers dans la masse n'a été que la conséquence des ouvertures de crédit par eux faites au commerçant. L'adhésion de chacun d'eux au syndicat éventuel de liquidation de la faillite n'a été que le résultat d'une stipulation faite par le débiteur lui-même pour le compte de tous les chirographaires antérieurs ; c'a été une *adhésion secondaire* : la masse est donc moins vivante, moins forte que la société.

D'autre part, le syndicat des créanciers a une moins grande liberté d'allures que l'assemblée générale des actionnaires : peu nombreux sont les partis auxquels il peut s'arrêter ; il est, ne l'oublions pas, en état de nécessité ; il choisit de deux sacrifices celui qui lui paraît le moindre. Mais a-t-il vu juste, en accordant le Concordat, c'est-à-dire en préférant une distribution de dividendes à une collocation au marc le franc ? c'est au tribunal à répondre à cette question.

Ainsi, se trouve justifiée la nécessité de l'homologation de justice (1) : elle n'intervient pas seulement au profit de telle ou telle catégorie de créanciers ; elle protège aussi et surtout la collectivité (2).

Il faut maintenant brièvement montrer que, d'après le Code lui-même, l'élément judiciaire dans le Concordat est relégué à une place secondaire. Il suffit de lire, sans parti pris, le chapitre 6 du titre de la faillite, pour se rendre compte que le législateur a considéré d'abord et avant tout le Concordat comme un contrat ; les délibérations sont libres au sein de l'Assemblée

(1) Certaines législations qui admettent en général l'homologation judiciaire, ne l'exigent pas toujours. Les lois de l'Argentine et du Brésil ne la font pas intervenir et le Concordat vaut par lui-même, lorsqu'un certain délai s'est écoulé sans qu'aucune opposition n'ait été faite. Vide Freund-Zeitschrift für Gesamnte Handelsrecht und Konkursrecht, 1907.

(2) Le procureur général Baudoin, dans son rapport dont les conclusions ont provoqué l'arrêt de cassation du 21 juillet 1903, S., 03, I, 49, s'exprime dans des termes peu différents. Mais les motifs qu'il allègue pour justifier la nécessité de l'homologation, ne sont pas, tant s'en faut, suffisamment probants pour lui permettre de faire de celle-ci l'élément fondamental du Concordat. Nous aurons d'ailleurs à revenir sur cette critique : « et qu'on ne dise pas que le « jugement d'homologation du Concordat n'est pas un véritable « jugement, que ce n'est qu'un acte de tutelle et d'administration « destiné à transformer un contrat privé en un acte public et à le « rendre opposable à tous ! C'est tout à fait inexact ! Le jugement « d'homologation du Concordat est un véritable jugement, un acte « de juridiction contentieuse. La nécessité se justifie par deux « raisons : il faut que les intérêts des créanciers absents ou dissidents soient défendus : il faut même que ceux des adhérents « soient protégés contre des entraînements regrettables et que le « Concordat ne soit pas accordé à un failli indigne ».

générale ; l'acte est signé séance tenante (art. 509) et avant qu'il n'ait été homologué porte le nom de Concordat (art. 512). Le tribunal qui l'examine ne peut que l'approuver ou le repousser en bloc ; sous aucun prétexte, il ne saurait le disséquer, exclure telle disposition pour la remplacer par telle autre ; en un mot faire œuvre d'éclectisme (art. 512) surtout il est lié par le vote négatif des créanciers qui refusent le Concordat (art. 529). Dans l'hypothèse contraire où la double majorité prescrite par l'art. 507 s'est prononcée en faveur du Concordat, le tribunal peut, sans doute, comme nous l'avons dit précédemment, refuser l'homologation (art. 515), soit dans l'intérêt public, soit dans l'intérêt des créanciers, soit « en cas d'inobservation des règles ci-dessus prescrites ». Mais, ce faisant, il est comparable au tribunal civil qui, pour des motifs analogues, ne ratifie point les délibérations du conseil de famille relatives à l'aliénation des biens du mineur ou de l'interdit ; les dissidents ou même la masse des créanciers sont des incapables, ne l'oublions pas, et les nombreuses formalités de la procédure de faillite ne sont elles-mêmes que des mesures de protection édictées par la loi à leur égard. Quoi qu'il en soit, si l'interprétation de l'art. 515 ne fait que confirmer la prédominance de l'élément contractuel dans le Concordat, celle de l'art. 516 donne lieu à plus de difficultés : « l'homologation du Concordat la rendra obli-
« gatoire pour tous les créanciers portés ou non portés

« au bilan, etc... » Qu'est-ce donc qu'un contrat, objectera-t-on, qui n'a aucune force entre les parties ; auquel il faut que la justice insuffle la vie ? Mieux vaut avouer tout de suite que le Tribunal muni de certains éléments d'appréciation après le vote de l'Assemblée générale et le rapport du juge commissaire (514) condamne les créanciers à adhérer aux propositions du débiteur, et que c'est lui qui fait le Concordat (1) ! Au surplus, si l'on tient à garder la notion contractuelle, que l'on convienne du moins qu'elle est bien impalpable tant que la décision judiciaire n'est pas intervenue : le Concordat est un contrat passé sous la condition suspensive de l'homologation du tribunal (2).

Sans insister davantage sur une théorie que nous aurons l'occasion de réfuter à fond prochainement, nous répondons dès maintenant que le fondement que nous donnons à l'homologation judiciaire, l'idée de protection due à un incapable, justifie pleinement la décision de l'article 516.

Si les créanciers de la minorité ne s'étaient point trouvés fatalement opprimés par la loi majoritaire et

(1) Nous verrons que c'est justement la théorie de Schulze, *das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen*. Berlin, 1880.

(2) C'a été à bien peu de choses près, le raisonnement de la Cour de Cassation dans l'arrêt précité de 1903 : « Attendu en effet que « l'homologation du Concordat a eu pour résultat, non seulement « d'en imposer les clauses aux créanciers dissidents, mais encore « de réaliser la condition suspensive à laquelle l'engagement des « créanciers adhérents est subordonné, etc. ».

si le syndicat des chirographaires n'avait point été, lui-même, en état de nécessité, le Concordat passé à la double majorité légale aurait sorti immédiatement son plein effet ; il aurait été alors analogue à tous les contrats que passent chaque jour entre eux des majeurs et l'autorité judiciaire n'aurait pas été autorisée à l'examiner (1). L'hypothèse n'est point telle ici, mais le tribunal, saisi de l'affaire, n'a point, nous l'avons constaté, grande liberté d'allures ; il ratifie ou supprime un contrat ; il n'agit jamais contre ou outre l'intérêt individuel (intérêt du dissident ou de la masse) ; bien au contraire il ne décide que d'après lui et pour lui.

(1) Il y a pourtant des cas où les majeurs eux-mêmes ont besoin de l'autorisation de justice. Signalons seulement l'adoption. C. civ., 353 et suiv.

CHAPITRE IV

Examen de deux difficultés.

Nous avons essayé jusqu'ici de montrer que si le Concordat comprend deux éléments, contractuel et judiciaire, il n'en est pas moins un acte unitaire ; c'est essentiellement un contrat conclu par la masse des créanciers et le failli et apprécié par le tribunal dont le pouvoir tutélaire s'exerce en faveur des dissidents, des absents et de la masse elle-même. Les juges n'ont pas plus le droit, d'ailleurs, « d'animer » le projet de Concordat que la masse a repoussé qu'ils n'ont celui de modifier plus ou moins gravement le traité que cette même masse a signé avec le débiteur. L'élément judiciaire nous est donc apparu, quoique nécessaire, comme secondaire, passif dans la constitution du Concordat.

Cette conclusion est-elle certaine ? Deux objections que dressent contre elle les partisans du Concordat, acte de puissance publique, en feraient d'abord douter.

Si, dit-on, le Concordat est un contrat, existant, viable avant toute intervention de justice, comment se fait-il que les chirographaires de la majorité puissent

y faire opposition ? Autant l'on comprend que les dissidents, les absents aient cette faculté, puisque l'homologation du tribunal est, de votre propre aveu, une mesure de protection en leur faveur, autant il est difficile d'admettre que les créanciers de la majorité tentent de reprendre la parole donnée au débiteur, d'effacer la signature apposée au bas du traité. Un contrat synallagmatique ne peut être anéanti que par l'accord des volontés qui lui avaient donné naissance ; en un mot, que par ce que les Romains appelaient le *mutuus dissensus*. Sans cela, l'adhésion des chirographaires de la majorité au Concordat est définitive et le débiteur doit légitimement compter sur elle. Si donc l'art. 512 C. com. (2) permet aux créanciers de la majorité de ressaisir d'une main ce qu'ils ont donné de l'autre, c'est qu'en réalité, il n'y a pas ici de convention. Le vote de l'Assemblée générale n'est qu'une indication, un élément d'appréciation pour le tribunal. Les créanciers ne se sont pas encore engagés vis-à-vis du débiteur ; au projet de traité que leur a soumis ce dernier, ils n'ont donné qu'une approbation provisoire ; en somme, le Concordat est l'œuvre du pouvoir judiciaire et sa force d'exécution vient du jugement qui a ordonné à tous les chirographaires d'y adhérer.

D'autre part, dit-on, si le Concordat était un contrat

(2) Art. 512 C. com. : « Tous les créanciers ayant eu droit de concourir au Concordat... ».

comme vous le prétendez, il serait soumis aux règles d'annulation des contrats ordinaires, il serait sanctionné aussi énergiquement que les autres conventions. Or, les art. 318 et 320 Code com., ne permettent aux intéressés de faire annuler le Concordat que pour cause de dol, tandis que le Code civil ouvre l'action en nullité aux victimes de la violence, de l'erreur et de la lésion. Si le Code de commerce dénie formellement aux créanciers le droit de protester dans presque toutes les hypothèses où le droit commun permet aux intéressés d'agir, c'est qu'il n'a pas considéré le Concordat comme un contrat, mais tout au plus comme un traité d'une nature spéciale, dans l'élaboration duquel la volonté n'a joué qu'un rôle secondaire.

Il est facile de répondre à ces deux objections et nous persistons à croire que non seulement le Concordat comprend un élément consensuel, mais aussi que cet élément y figure au premier plan. Nous avons en effet antérieurement justifié l'intervention du tribunal par la nécessité de protéger, soit les dissidents dont les desiderata n'ont point été sérieusement examinés, lors de l'élaboration de la volonté de la masse, soit la masse elle-même, que nous avons, à ce point de vue là, assimilée à un incapable. Le créancier majoritaire qui fait opposition à homologation, exerce donc un droit qui appartient sans distinction, à tout membre de l'Association. On peut même tirer de ce fait un argument important en faveur de la nature contrac-

tuelle du Concordat. Il semble en effet que sur ce point spécial, le législateur ait voulu donner à l'acte non encore homologué toute sa force, puisqu'il rend aux syndicataires, avec l'exercice de leurs actions individuelles, la faculté de se prévaloir de l'incapacité du syndicat lui-même ; puisque, en d'autres termes, avant toute ratification judiciaire, il donne à chacun des créanciers certains des droits qu'il n'aurait pu exercer qu'après la disparition de la personne morale, la masse. D'ailleurs, que l'on admette ou non cette idée, on peut remarquer que l'opposition du créancier majoritaire a un caractère spécial. Ce n'est pas un veto absolu mis à l'homologation du Concordat, et la preuve en est que le tribunal peut fort bien passer outre : c'est une simple observation soumise à la justice dont le créancier veut attirer l'attention sur telle ou telle partie du Concordat préjudiciable à ses intérêts (1). L'opposant ne renonce donc pas à un projet de traité, comme nos adversaires le prétendent ; il se trouve en présence d'un véritable contrat, signé par lui, et sur lequel, par un simple caprice, il ne saurait revenir ; il se contente d'arguer, devant le tribunal, de l'existence, dans le Concordat, de l'un des défauts, pour lesquels les juges peuvent refuser l'homologation.

(1) Ajoutons que l'opposition peut avoir pour cause un fait dont le créancier n'avait pas eu connaissance au moment de la signature du Concordat, et en considération duquel lui et ses collègues de la majorité auraient refusé de traiter.

L'opposition aura donc lieu pour l'un des motifs énumérés par l'article 515 C. com. : inobservation des règles de formes au cours de la période préparatoire ou au moment du vote du Concordat, atteinte à l'intérêt public ou à l'intérêt des créanciers. Ce sont là, en effet, les causes pour lesquelles, en l'absence de toute protestation des créanciers, le tribunal a la faculté de repousser le Concordat. Il est remarquable, d'ailleurs, que la loi elle-même confirme explicitement cette interprétation : l'art. 513 alinéa 2 ne dit-il pas : « Si, pendant ce délai, il a été formé des oppositions, le tribunal statuera sur ces oppositions et sur l'homologation par un seul et même jugement ».

Si l'objection tirée du droit des créanciers de la majorité tombe ainsi sans efforts, il en est de même de celle qui s'appuie, pour nier le caractère contractuel du Concordat, sur la restriction des actions en annulation habituellement données aux intéressés, à la seule *actio de dolo*. Il est bien vrai que, l'homologation intervenue, les créanciers ne peuvent plus attaquer le Concordat que par cause de dol découvert depuis cette homologation ; mais cela prouve-t-il que l'on ne se trouve point là en présence d'un contrat ? Le terme même d'annulation dont se sert le législateur suffirait à faire écarter l'hypothèse du contrat-jugement : « Voies de nullité n'ont lieu en France contre jugements ». Tout recours contre une décision judiciaire porte un nom spécial ; il y a l'opposition, la requête

civile, l'appel, le pourvoi. Au contraire, c'est contre le contrat qu'est dirigée l'action en nullité, en rescision, en résolution, ou encore l'action en résiliation ou en révocation. Pourquoi, maintenant, le Code ne donne-t-il aux créanciers que l'actio de dolo, à l'exclusion des actions basées sur l'erreur, la violence, la lésion ? La violence, si elle a existé, s'est exercée au moment du vote, soit du fait de la majorité chirographaire, soit du fait du concordataire lui-même, car on ne conçoit pas qu'elle se soit produite utilement à toute autre époque ; la victime a donc pu en faire état dans son opposition, ou du moins, le tribunal qui précisément doit protéger l'individu en état de nécessité, en a certainement tenu compte et en conséquence a refusé son homologation. En revanche, la ratification judiciaire du Concordat constitue une grave présomption, qu'aucune contrainte, ni physique, ni morale, ne s'est exercée sur l'un quelconque des chirographaires.

Par ailleurs, si l'erreur et la lésion ne sont point *nominatives* des causes d'annulation du Concordat homologué, c'est d'abord parce qu'étant pour le moins contemporaines de la dernière assemblée générale, elles ont pu faire l'objet d'une opposition de la part de la victime : celle-ci n'a-t-elle pas un délai de huitaine (512) pour signaler à l'attention du tribunal des faits dont elle-même ne s'était pas aperçue tout d'abord ? C'est ensuite, et surtout, parce que l'erreur et la lésion qui ne « ressortissent pas à la compétence

du tribunal ne sont pas accidentelles ; elles sont voulues ; elles ont été savamment préparées par le débiteur et nous voici dans le domaine du dol. Faut-il rappeler aussi que la lésion qui, d'ailleurs, à y bien réfléchir, n'est que le résultat d'une erreur, d'une violence ou d'un dol et ne constitue pas logiquement une cause d'annulation des contrats, n'a été prise en considération par le Code civil lui-même, au profit des majeurs, que dans la vente et le partage ; elle n'est donc point de droit commun : l'action qui la sanctionne porte le nom spécial de rescision : normalement elle ne doit pas figurer dans la matière de la faillite. Est-il nécessaire maintenant de justifier l'existence de l'action de dol ? L'association des chirographaires, contractuellement disciplinée pour exercer au moment de la crise les droits qui lui étaient concédés par les art. 2093 et 1167 Code civ., a traité avec le failli en considération d'un état de choses qu'elle croyait définitivement établi ; mais il s'est trouvé que le bilan n'était pas sincère, la composition du patrimoine du débiteur n'était point telle que le pensait la masse. Ni le syndic au nom de celle-ci, ni les créanciers, en leur nom personnel, ni le tribunal dans l'intérêt général n'ont pu démasquer la situation véritable : le contrat a été homologué, l'association s'est dissoute et brusquement est apparue la fraude. Fallait-il laisser les créanciers désarmés contre elle ? Certes non, c'eût été à la fois illogique et immoral. Aussi, de même que

chacun d'eux aurait pu invoquer les clauses du Concordat pour assurer le paiement de ses dividendes en temps opportun, de même il peut arguer de l'inefficacité du contrat pour le faire annuler par le tribunal ; seulement il agit ici au nom de la masse ; il ne se prévaut pas en effet d'une fraude spécialement dirigée contre lui et qui ne nuit qu'à lui seul, il n'exerce pas l'action Paulienne à son profit, mais pour le compte de l'association ; c'est ce qui résulte nettement de l'art. 548 : « Aucune action en nullité du Concordat ne sera recevable après l'homologation que pour cause de dol découvert depuis cette homologation et résultant soit de la dissimulation de l'actif, soit de l'exagération du passif ». Nous n'essaierons pas davantage de légitimer une action qui est le corollaire, le complément nécessaire de l'institution de la faillite, et, pensant, par la réfutation même des objections qui nous étaient faites, avoir plus fortement établi le caractère essentiellement contractuel du Concordat, nous fixerons définitivement cette notion par les deux considérations suivantes.

Comment, si le Concordat n'était pas un contrat, aux yeux du législateur, et ce, avant toute homologation, expliquer la rédaction de l'art. 543 « si l'opposition est admise, l'annulation du Concordat sera prononcée à l'égard de tous les intéressés » ? On ne peut annuler qu'un acte déjà existant, qu'un engagement déjà pris, qu'un contrat destiné sans cela, à sortir son

plein effet ! Si le Concordat n'était qu'un simple projet, le législateur se contenterait de dire que le tribunal n'y donne pas suite. Au surplus, l'action en résolution donnée par l'art. 520, al. 2, ne se distingue en rien de celle qui est donnée d'une façon générale par l'art. 1184 du Code civ., « dans les contrats synallagmatiques, à la partie envers laquelle l'engagement « n'a point été exécuté ». Le créancier concordataire respecte l'engagement pris au traité de ne demander son paiement que dans un temps et des conditions déterminés ; il a le droit maintenant, ou bien d'obliger le débiteur à exécuter sa prestation, ou bien de poursuivre la résolution du Concordat. Ce Concordat est-il donc autre chose qu'une convention synallagmatique intervenue entre la masse et le failli ? On ne saurait le prétendre ; et, en revanche, on ne voit pas du tout comment le chirographaire, privé du paiement de ses dividendes, pourrait faire tomber le Concordat si celui-ci était un jugement. Lorsqu'un arrêt judiciaire est passé en force de chose jugée, il est indestructible : le créancier ne peut qu'en poursuivre l'exécution. Le concordataire retomberait donc, en cas d'insolvabilité du débiteur, dans le droit commun des saisies ; il serait distancé par un concurrent plus proche ou plus agile et toute nouvelle mise en faillite du débiteur serait impossible. L'action en résolution le garantit contre ces résultats néfastes ; mais, encore une fois, elle est exclusive de l'idée de jugement.

DEUXIÈME PARTIE

THÉORIES SOCIALISTES OU AUTORITAIRES

CHAPITRE PREMIER

Les conceptions prétoriennes.

Si l'on considère le Concordat comme un contrat intervenu entre la masse et le failli, mais soumis, pour les motifs que nous avons signalés, à l'homologation judiciaire, on comprend parfaitement les premiers mots de l'art. 516 C. com. : « L'homologation du Concordat le rendra obligatoire pour tous les créanciers « portés ou non portés au bilan ». Les chirographaires sont tenus à l'égard du failli en vertu du contrat que la masse a passé avec lui et non point en vertu du jugement d'homologation que le tribunal vient de rendre. Puisque les juges de commerce approuvent le traité, celui-ci sort son entier effet ; il n'a pas besoin de recevoir de la justice une force particulière : il vaut par lui-même et parce qu'on n'a pas empêché qu'il vaille. Il constitue certainement le meilleur

remède au mal et la meilleure garantie des droits de tous les créanciers : et c'était tout ce dont devait s'assurer le tribunal. Cette théorie est naturellement basée sur l'idée de personnalité morale de la masse : tous ceux qui, à un titre quelconque, ont traité avec le commerçant, ont consenti à entrer dans le Syndicat éventuel de faillite et à perdre leur individualité dans celle du groupe, au moment solennel du vote sur le Concordat. Les créanciers hypothécaires, pour tout le solde qui leur est dû après l'exécution de leurs sûretés, ceux qui, à raison de l'incertitude de leurs titres, n'ont bénéficié que d'une admission provisionnelle, enfin ceux-là même qui, victimes d'un délit ou d'un quasi délit de la part du commerçant, n'ont fait valoir leurs créances que postérieurement au Concordat, ont cependant fait partie de la masse et se voient opposer plus tard les actes par elle accomplis ; le Concordat n'est donc point pour eux : « *res inter alios acta* » ; il leur est opposable et ils peuvent s'en prévaloir, sans qu'il y ait là aucune exception à l'art. 1165 C. civil.

Mais la conception latine de la personnalité morale de la masse, loin d'être acceptée par tous les auteurs, est fortement battue en brèche de nos jours. Par suite, le caractère essentiellement contractuel du Concordat est énergiquement contesté ; au communisme de bon aloi de la *bonorum venditio* romaine, on tend à substituer de plus en plus le socialisme d'État : consciemment ou non, au principe, de la liberté des conventions,

on oppose celui de la puissance publique. Sans chercher à souligner le danger de pareilles théories, nous nous contenterons, en exposant brièvement les plus marquantes, d'indiquer qu'elles ne donnent, ni les unes ni les autres, une explication satisfaisante du Concordat (1).

Et d'abord, il en est qui voient, dans le Concordat, à des degrés divers, une manifestation de puissance prétorienne. Celle de Schulze est caractéristique (2).

Schulze se refuse à constater dans le Concordat la présence du moindre élément contractuel (3). Pour lui, la procédure de la faillite est essentiellement judiciaire : elle a son dénouement devant le tribunal qui décide comme en matière ordinaire (4).

Sans doute, dans la dernière Assemblée générale,

(1) Pour l'exposé de ces théories, nous avons eu fréquemment recours à la thèse remarquable de M. Rouast. *Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations*. Paris, 1909. Notamment page 183 et suiv. Nous tenons aussi à remercier l'auteur des renseignements complémentaires qu'il a bien voulu nous fournir.

(2) Schulze. *Das deutsche Konkursrecht in seinem juristischen Grundlagen*. Berlin, 1880.

(3) Schulze, *loc. cit.*, page 119 : « Une terminaison de la faillite, « avec un effet atteignant les créances de tous les créanciers, même « des opposants et des inconnus, est impossible au moyen « d'un « Vergleich », car il ne peut y avoir Vergleich que là où existe et « est exprimée une volonté de contracter ».

(4) Pour Schulze, le Concordat n'est ni un traité ni une convention, mais une sentence judiciaire. « Ist überhaupt gar Kein Vertrag mithin auch Kein Vergleich ». C'est seulement « ein richterliches Urteil ». Schulze, *loc. cit.*, p. 120.

les créanciers ont été consultés sur l'opportunité du Concordat : une majorité s'est prononcée en ce sens, mais on ne peut pas dire qu'elle a contracté avec le failli ; à plus forte raison, n'a-t-elle pas engagé les créanciers de la minorité et les absents. Le vote des chirographaires n'est qu'un élément d'information pour la justice. Celle-ci, d'ailleurs, puise librement tous les renseignements nécessaires dans les rapports du syndic et du juge-commissaire et elle entend les explications qui lui sont oralement fournies par les parties en cause, créanciers et débiteur, puisque c'est entre eux que le procès est engagé. Si le jugement est favorable au débiteur, par là même il déclare que les propositions faites par celui-ci à ses créanciers, sont bonnes et parfaitement justifiées, et il s'appelle précisément le Concordat. D'autre part, dans le différend qui existait entre les créanciers de la majorité et les dissidents, il donne gain de cause aux premiers et oblige les seconds à adhérer au Concordat. D'une façon générale, le jugement d'homologation condamne tous les créanciers à accorder au failli les remises et les délais que celui-ci sollicitait (1).

Dans un arrêt célèbre rendu à propos d'une question

(1) Schulze, *loc. cit.*, p. 121 : « Ce n'est donc pas la majorité des « créanciers qui contraint la minorité à passer un contrat, mais la « puissance publique... La contrainte ne se trouve pas dans la « volonté de la majorité, mais dans la puissance créatrice du juge... « Et même la volonté de la majorité consentante n'est, en ce qui

de droit international privé, la Cour de cassation, en 1903, s'est inspirée d'idées assez voisines de celles de Schulze (1). Dans un passage déjà cité de cet arrêt, on lit en effet : « Attendu... que l'homologation du Concordat a pour résultat non seulement d'en imposer les clauses aux créanciers dissidents, mais encore de réaliser la condition suspensive à laquelle l'engagement des créanciers adhérents est subordonné et de rendre ainsi le Concordat obligatoire pour les uns comme pour les autres... ». Sans doute, ici, il n'est plus question de considérer le vote majoritaire comme un simple élément d'information pour le tribunal : les chirographaires de la majorité se sont bien engagés vis-à-vis du débiteur. Mais le contrat, passé sous condition suspensive, n'a pas encore d'existence juridique. On a espoir seulement que la justice la lui donnera, lui concédant même une valeur rétroactive, lorsqu'elle prononcera une condamnation contre les créanciers dissidents et absents. Ceux-ci seront tenus de par le jugement et non par le contrat, puisque le contrat n'a pas même pu lier les créanciers majoritaires.

Cette jurisprudence de la Cour de cassation, dont on serait tenté de tirer des conséquences presque aussi

« concerne les créanciers pris individuellement, même pas une volonté de contracter ; elle ne lie par elle-même ni les créanciers ni le débiteur commun... Rien n'est fait avant le jugement. La déclaration de volonté de la majorité n'est en somme qu'un élément d'information pour le juge ».

(1) Arrêt précité. Cass., 21 juillet 1903 ; S., 03, I, 449.

graves que de la doctrine de Schulze, n'a pourtant pas le même caractère que cette dernière. En réalité, Schulze déniait toute valeur au consentement des créanciers de la majorité et on ne saurait lui reprocher d'avoir développé une théorie autoritaire que l'institution du *Zwangvergleich* (Concordat) renfermait en germe. « Tout le système de l'exécution sur les biens, « pratiqué à Rome, gravite autour de l'idée que les « créanciers chirographaires, unis et fédérés, dirigent, « par l'entremise de l'un de leurs agents, la réalisation du patrimoine. Or, ce n'est pas ainsi qu'on « comprenait, en Allemagne, le concours. Le tribunal « jouait dans la faillite un rôle prépondérant ; à lui « d'établir par un jugement spécial, le tableau du « passif, avec l'ordre de collocation des créanciers, de « décréter les répartitions en fixant à chacun la somme « qui lui revenait : l'administrateur du concours n'était « qu'un agent docile de ses instructions » (1).

La Cour de cassation s'était préoccupée de faire du Concordat un acte unitaire pour réagir contre l'apparente dualité du traité, que se plaisaient à constater la doctrine et la jurisprudence anciennes (2). Elle a,

(1). Thaller. *Faillites en droit comparé*, I, p. 93.

(2) Dans son rapport, le procureur général Baudoin disait en effet : « En résumé, le Concordat n'est point une convention ordinaire, même au regard des adhérents. Il ne vaut que par le jugement d'homologation, qui forme avec la convention un tout indivisible. Il ne peut, d'autre part, être opposé aux créanciers adhérents eux-mêmes, qui n'ont donné leur consentement qu'à la condition que le Concordat maintiendrait l'égalité entre tous les

en somme, adopté une solution mixte. En utilisant, assez malheureusement d'ailleurs, la notion de rétroactivité de la condition, en cas d'homologation, elle a cru donner à l'élément contractuel une place suffisante dans le Concordat. D'autre part, en attribuant au jugement d'homologation la force de rattacher au traité les dissidents et les absents, elle a pensé déterminer le rôle de protection de l'autorité judiciaire. Mais ne pouvant se résigner à voir, dans le Concordat, un contrat d'un côté, un jugement de l'autre, elle a préféré diminuer le premier élément au profit du second et courber devant la puissance prétorienne la volonté des particuliers.

Ainsi, quoique partant d'un principe différent de celui qui inspirait Schulze, et bien que ménageant davantage les susceptibilités chirographaires, la Cour de cassation, cependant, a abouti au même résultat que le professeur allemand : elle a fait du Concordat un acte de puissance publique.

Cette conception unitaire avait déjà séduit un auteur allemand : Kohler (1).

Kohler s'est préoccupé de réagir contre les théories d'Oetker et de Löhr qui, aux environs de l'année 1890, avaient par protestation contre les idées de Schulze,

« créanciers adhérents ou dissidents et qui ne peuvent être tenus
« de l'observer du moment qu'on admet qu'il ne peut lier les
« créanciers dissidents ».

(1) Kohler. *Leitfaden des deutschen Konkursrechts*. Stuttgart, 1903.

nettement consacré la dualité du Concordat. Mais, ne pouvant assigner au Concordat une place dans les cadres actuels du droit civil, il a rangé cet acte dans la catégorie des contrats procéduraux. Il lui a paru absurde de nier, comme l'avait fait Schulze, la coexistence de l'élément contractuel et de l'élément judiciaire dans le Concordat. Pour lui, convention et homologation sont deux organes indispensables de l'acte ; mais celui-ci intervenant au cours d'une procédure, va, de ce fait même, échapper à toutes les règles des contrats amiables. La contrainte des dissidents et des absents, qui constitue une exception au principe : « *res inter alios acta...* » s'expliquera par la nécessité que la procédure de faillite reçoive une solution unitaire (1).

(1) Kohler, *op. cit.*, p. 279 : « (Le Concordat) n'est pas un contrat « de droit civil ; car, dans un tel contrat, la majorité ne pourrait « lier la minorité. Elle le pourrait, comme ayant géré l'affaire des « créanciers en ce qui concerne l'administration de la faillite ; elle « ne le peut en ce qui concerne les actes de disposition et, à plus « forte raison, les suites qui, étant en dehors de la faillite, dépassant les limites du droit de poursuites, concernent même le « patrimoine futur du débiteur failli. C'est pour cela qu'il est « inexact de vouloir placer le contrat dans une catégorie de droit « civil. Au surplus, il n'est pas une transaction et ne rentre pas « dans la catégorie de la transaction procédurale : car il n'est « qu'une institution d'une procédure particulière et non de la « matière des saisies en général. Mais dans le contrat procédural, « on comprend de soi-même qu'une majorité puisse lier la minorité, « car, dans une voie de droit où sont engagées de nombreuses « parties et où l'issue du procès doit nécessairement être une, il « n'est pas rare de voir l'activité de l'un lier l'autre, du moment

Cette théorie qui ressuscite le formalisme romain dans toute sa rigueur, et que nous serions tentés d'appeler la théorie de l'automatisme, supprime pratiquement l'efficacité de la volonté. L'élément contractuel est dilué dans la procédure ; l'élément judiciaire, seul, surnage, puisque l'homologation du tribunal peut seule mettre un terme à cette procédure. La scène se passe toute entière dans le prétoire ; le juge ne la perd pas un instant de vue et c'est lui, uniquement, qui en règle les résultats.

Nous voilà donc ramenés par un autre chemin, et probablement sans que Kohler l'ait voulu, à la conclusion que le Concordat est un acte de puissance prétorienne. Solennités judiciaires, décision finale du tribunal, contrainte de la minorité et des absents, l'entente de la majorité et du failli ne valant point comme contrat mais comme acte de procédure ; toute la théorie de Kohler est là et peut-on ne pas dire qu'elle est autoritaire ?

Si la doctrine française est restée généralement fidèle à l'interprétation dualitaire du Concordat (1),

« qu'elle est avantageuse ; et qu'un contrat procédural ait des suites « civiles, cela aussi est très fréquent ».

(1) Il faut faire exception pour M. Lyon-Caen, qui, dans la note qu'il a écrite sous l'arrêt de 1903, au Sirey, 1903, I, 449, adopte entièrement les conclusions de la Cour et modifie complètement sa doctrine. On lit en effet dans le *Traité de droit commercial*, Lyon-Caen et Renault, tome VII, p. 594 : « Les effets produits par le « Concordat, même à l'égard des créanciers qui n'y ont pas consenti « peuvent expliquer qu'on ait, spécialement en Allemagne, refusé

un auteur, M. Chéron (1), croyant que l'arrêt de cassation de 1903 mettait définitivement un terme aux hésitations de la jurisprudence, ou du moins convaincu, très justement d'ailleurs, que pour interpréter convenablement l'article 516 Code com., il était de toute nécessité de déterminer doctrinalement la nature juridique du Concordat, n'a pas hésité à faire de celui-ci ce qu'en avait fait Schulze en Allemagne, un acte de puissance prétorienne. Il est fort probable que le jurisconsulte français n'a pas voulu s'inspirer de la thèse germanique; il n'en est que plus curieux de constater qu'il est arrivé aux mêmes conclusions qu'elle, et en termes identiques.

D'abord, le Concordat n'est à aucun moment et pour aucun des créanciers une convention avec le

« au Concordat le caractère de contrat, pour y voir un jugement
« ou un acte judiciaire. La vérité est qu'il y a là un contrat, mais
« que la majorité y lie la minorité, parce qu'en matière de faillite,
« les droits individuels des créanciers disparaissent en principe et
« sont soumis aux décisions de la majorité. L'homologation du
« tribunal de commerce n'intervient que pour protéger la minorité :
« elle ne crée pas plus le Concordat que les actes concernant un
« mineur ne résultent de l'homologation de justice ».

Au contraire, dans la note au Sirey, M. Lyon-Caen s'exprime ainsi : « Le Concordat après faillite est une convention unique, « obligatoire quand il a été revêtu de l'homologation judiciaire, « pour les créanciers de la majorité, comme pour les créanciers « non adhérents ou n'ayant pas voté... Pour les premiers comme « pour les derniers, cette convention n'a de force qu'autant qu'elle « a été homologuée par justice .. ».

(1) Chéron. *Revue critique*, 1903, p. 24, sq. A l'égard de quels créanciers le Concordat produit-il ses effets ?

failli. Le vote de la majorité n'a pu lier la minorité à l'égard du débiteur ; car cette majorité est trop souvent faussée. Ou bien, en effet, ont voté pour le Concordat des créanciers provisionnels auxquels, postérieurement, cette qualité a été enlevée ; ou bien, n'ont pas pris part au vote sur le Concordat, des créanciers véritables cette fois et qui se seraient prononcés contre lui. On pourrait d'ailleurs multiplier les exemples des vices du système. Dans de pareilles conditions, les dissidents et les absents ne doivent point subir les conséquences de la loi majoritaire (*major pars trahit ad se minorem*). Mais il y a plus : les créanciers de la majorité eux-mêmes ne sont point engagés vis-à-vis du failli. Ils ont le droit de faire opposition au Concordat dans le délai de huitaine ; contre eux, de même que contre les dissidents et les absents, le débiteur ne peut se prévaloir que d'un Concordat homologué ; enfin, de leur part, le Concordat n'est annulable que pour dol. Mais alors, dira-t-on, pourquoi les créanciers votent-ils, au sein de la dernière assemblée générale ? Tout simplement, répond M. Chéron, pour fournir un élément d'appréciation au tribunal. Schulze ne s'était pas autrement exprimé ! et la conclusion de tout ceci, c'est que « le vote de l'Assemblée n'apparaît plus que
« comme un élément essentiel sans doute, mais d'im-
« portance moindre. Certes, si ce vote est négatif, il
« a la force d'un veto ; il n'appartient pas au juge de

« passer outre et d'accorder le Concordat. De même,
« si le vote est affirmatif, le juge n'a pas le pouvoir
« de modifier les conditions auxquelles la majorité a
« consenti. Mais ce vote affirmatif lui-même n'a que
« la valeur d'un avis consultatif : le juge peut n'en
« pas tenir compte. Et enfin, si le juge se conforme
« à cette indication et accorde l'homologation, son
« jugement produit un effet que ne pouvait entraîner
« le vote de cette Assemblée : il impose le Concordat
« à des personnes qui n'ont pas pris part au vote ;
« il l'impose à tous les créanciers récalcitrants, alors
« même que, plus tard, ces créanciers se trouveraient
« en majorité. Aussi peut-on soutenir que l'homolo-
« gation, *acte de la puissance publique, acte créa-*
« *teur d'état de droit*, est la véritable base sur
« laquelle repose le Concordat »... et plus loin,
« nous lisons : « L'homologation apparaît donc comme
« une condition à laquelle est soumis le consentement
« de tous ceux qui ont adhéré au Concordat ; tant
« que *cette homologation n'est pas intervenue, il n'y*
« *a rien de conclu entre eux et le failli* : c'est elle
« qui leur rend le Concordat opposable et qui leur
« permet de s'en prévaloir ; même à leur égard, c'est
« sur cette homologation que repose le Concordat » (1).

Si nous jetons maintenant un coup d'œil d'ensemble sur toutes ces théories, tant allemandes que françaises,

(1) Chéron. Article précité.

nous constatons que, quoique nées de préoccupations différentes, et différentes dans leurs détails, elles tendent uniformément à rejeter du Concordat l'élément contractuel ou du moins à lui attribuer une place tellement petite que, raisonnablement, on n'en peut plus tenir compte (1). Pour ce faire, elles s'appuient sans doute sur des considérations d'ordre secondaire que nous n'avons point l'intention de réfuter une à une, mais elles invoquent surtout deux arguments dont nous avons, par avance, montré l'inanité. 1° Avant l'homologation, le Concordat n'est même pas un contrat au regard du failli et de la majorité, puisque un quelconque des membres du groupe majoritaire a le droit d'y faire opposition ; 2° après l'homologation, le Concordat ne peut tomber que sous le coup de l'action de dol ; s'il était un contrat, il serait annulable

(1) La conception de Pothier était à peu près la même. Il est vrai qu'elle s'explique par l'immixtion considérable, dans l'ancien droit, de l'autorité dans le contrat, véritable usurpation du droit des créanciers, commise par le pouvoir royal (lettres de répit). — Pothier, *Des obligations*, p. 85, est représenté comme un des ancêtres de la doctrine traditionnelle française sur le Concordat, ce n'est peut-être pas très exact : mais, en admettant cela, il en résulterait que la doctrine ancienne et la jurisprudence avaient une idée mauvaise de la nature juridique du Concordat et en tous cas la développaient beaucoup moins clairement que ne l'a fait Pothier. « Ce n'est pas la convention faite avec les $\frac{3}{4}$ des créanciers qui oblige per se, par elle-même et par sa propre vertu les autres créanciers qui n'y ont pas été parties, à faire les remises qui y sont portées : Cette convention ne sert qu'à faire connaître au juge qu'il est de l'intérêt commun des créanciers que cette convention .. etc. ».

dans toutes les autres hypothèses que prévoit le droit commun. Nous avons précédemment établi que le droit d'opposition qui appartient au créancier majoritaire, loin d'exclure l'idée de contrat, en démontre bien plutôt l'existence : c'est parce qu'un contrat est intervenu et pour lequel la masse elle-même a besoin d'être protégée, qu'un membre quelconque de cette masse, préalablement à l'homologation, exerce sous forme d'opposition l'action en annulation qui ne sera donnée plus tard que dans une seule hypothèse ; il ne retire pas son consentement, ne biffe pas sa signature au bas du traité ; il attire simplement l'attention du tribunal sur tel ou tel vice du contrat qui risquerait sans cela de passer inaperçu. Et c'est parce que tous les créanciers sans exception ont pu former opposition à l'homologation, c'est parce que l'art. 515 a donné aux juges les pouvoirs les plus larges d'appréciation de l'acte que, l'homologation une fois intervenue, le contrat sera obligatoire pour tous d'une part et que, d'autre part, les chirographaires ne pourront plus l'attaquer que par l'action de dol. Cette action d'ailleurs n'est conservée à leur profit que comme sanction suprême du Concordat ; c'est elle, plus que l'homologation judiciaire, qui parachève l'institution de la faillite ; elle est en un mot la conséquence forcée du communisme chirographaire. Faut-il maintenant rappeler que les mots : *action en nullité*, *action en résolution pour cause d'inexécution de clauses du Con-*

cordat ne se comprendraient pas appliqués à un jugement et qu'ils rentrent partout au contraire dans la terminologie contractuelle ? Kolher, il est vrai, pour fortifier sa théorie du Concordat-contrat procédural, explique gravement (et c'est là un de ses gros arguments) que le mot *opposition* ne s'emploie qu'en procédure : a-t-on jamais entendu dire que l'on faisait *opposition* à un contrat de droit commun ? Nous avons vu quel sens il convient d'attribuer à cette *opposition* mais ce que nous ne savons pas (et Kolher ne prend pas la peine de nous l'expliquer) c'est pourquoi son fameux principe de l'unité de la procédure a la singulière vertu de lier la minorité à la majorité. M. Rouast fait d'une façon très heureuse la critique de ce système : « Mais la contrainte des simples opposants est-elle bien justifiée ? Kolher nous dit pour l'expliquer qu'ils sont parties à une procédure dont l'unité s'impose, et c'était pourtant le point essentiel à établir : autrement on n'a fait que reculer la difficulté. Il ne nous montre pas si les motifs qui imposent cette unité sont réellement supérieurs à ceux qui ont fait établir la règle « *res inter alios* ». C'est là cependant le point capital qu'il fallait démontrer. Au lieu de cela, l'auteur se contente de nous dire que les contrats procéduraux ont des règles spéciales, exclusives des principes du droit civil ; c'est un moyen commode d'esquiver la difficulté, mais il faudrait qu'il établisse d'abord l'existence de ces principes

« nouveaux en leur donnant un fondement à la fois
« rationnel et légal, au lieu de se contenter de vous en
« affirmer l'existence (1). » Quant à Schulze et à
Chéron, ils prétendent que le vote des créanciers n'est
qu'un élément d'information pour le tribunal, et qu'il
n'emporte par lui-même aucune conséquence ! Or, il
suffit de réfléchir une seconde à ce qui se passe dans
la pratique : lorsque les chirographaires s'assemblent
pour entendre le rapport du syndic et discuter les pro-
positions du failli, ils sont convaincus qu'ils font autre
chose qu'une besogne platonique : ils ne se dérange-
raient probablement pas s'ils savaient que leur déci-
sion ne doit servir qu'à renseigner la justice : peu à
peu créanciers et failli, d'un tacite accord, suppri-
meraient cette procédure informative et attendraient,
pour entamer de sérieux débats, de se trouver en pré-
sence des juges (2). Or, il n'en est pas ainsi et l'on
constate au contraire qu'autant l'assemblée générale
conserve son importance, autant l'homologation du
tribunal tend à devenir une simple formalité. Tout se
passe ainsi selon le vœu de la loi qui, réglant longue-
ment, minutieusement même, la préparation et le vote

(1) Rouast, *Essai sur la notion juridique du contrat collectif*,
p. 229.

(2) Alors, il faudrait toujours justifier l'exception apportée à l'au-
torité relative de la chose jugée ? Pourquoi le jugement nuirait-il
ou profiterait-il à des inconnus ? On ne saurait faire intervenir
l'idée de solidarité pour expliquer ce résultat, la jurisprudence
n'attribuant plus un tel effet à la solidarité.

du Concordat, en revanche est beaucoup plus brève sur la question de l'homologation judiciaire ; cette constatation, et bien d'autres considérations, prouvent qu'elle met ainsi l'élément conventionnel au premier plan. Il y a d'ailleurs un fait typique que les partisans du Concordat judiciaire n'ont jamais pu faire cadrer avec leur théorie : les juges n'ont le droit, ni de modifier à leur gré les clauses concordataires, ni de consentir le Concordat au failli si la double majorité de l'art. 507 a refusé de l'accorder. Or, comment expliquer qu'en pareille hypothèse « l'élément d'information » fourni par le vote des chirographaires oblige le tribunal ? Il y a là une contradiction dans les mots, contradiction d'autant plus forte que l'on nie tout caractère de sincérité à la majorité pour rendre compte de la faculté pour la justice de refuser d'homologuer un Concordat légitimement accordé par les créanciers ! On la déclare généralement faussée !

En résumé, nous repoussons énergiquement toutes les thèses qui, de près ou de loin, attribuent à l'autorité prétorienne l'extraordinaire pouvoir de créer le Concordat. A nos yeux le tribunal n'a qu'une mission : celle de contrôler le contrat passé entre le failli et les chirographaires et de l'empêcher de sortir à effet si l'intérêt des créanciers l'exige absolument ; mais la sentence de ratification qu'il rend n'a pas la vertu d'obliger les dissidents, les absents, les créanciers encore inconnus à y adhérer ; à *fortiori* l'homologa-

tion judiciaire ne crée pas l'obligation des majoritaires vis-à-vis du failli ; elle n'est même pas, comme l'a dit la Cour de cassation, la réalisation de la condition suspensive qui affectait le contrat partiel. Toutes les théories prétoriennes n'ont d'ailleurs pas l'excuse de réaliser coûte que coûte l'unité du Concordat (1), car celle-ci, nous l'avons vu, peut être démontrée sans aucunement sacrifier la liberté individuelle, mais, bien au contraire, en l'exaltant. Il suffit pour cela d'admettre que le Concordat est un contrat, œuvre du failli et d'une personne morale : la masse. On arrive alors à élargir, autant que ne le fait M. Chéron, « le cercle des créanciers à l'égard desquels le Concordat doit produire effet », puisque l'on déclare membre de la masse, et à ce titre engagés pas elle, tous ceux que Schulze appelait « parties forcées à la procédure » (2).

(1) Tout au plus, arriveraient-elles, suivant l'heureuse expression de M. Rouast, à réaliser « une combinaison unitaire de divers éléments ».

(2) C'est-à-dire les créanciers conditionnels, délictuels, hypothécaires venant comme chirographaires pour le paiement d'un reliquat, tous ceux, en un mot, qui n'ont pas voulu ou n'ont pas pu prendre une place dans l'assemblée du Concordat et participer au vote. Mais, dans une société anonyme, combien d'actionnaires s'abstiennent de venir aux assemblées générales ! Ils sont pourtant engagés par le vote de leurs collègues. Parle-t-on ici, avec autant de vivacité qu'on ne le fait en matière de faillite, de « majorité faussée » ? En réalité, il n'y a guère que des créanciers négligents. Ceux, très rares, qui n'ont pas agi parce qu'ils ignoraient leurs droits, ne sont pas lésés par la décision majoritaire : l'initiative de

la personne morale leur a été profitable puisqu'elle leur a assuré un dividende pour un moment où, agissant eux-mêmes, ils n'auraient plus rien trouvé dans le patrimoine du débiteur. Quant aux créanciers qui se sont abstenus de produire à la vérification de créances et de participer à l'assemblée concordataire, dans l'espoir de toucher plus tard la somme intégrale qui leur est due, au lieu du simple dividende que touchent leurs collègues, il est juste que leurs calculs soient déjoués : l'égalité dans la répartition n'est qu'une conséquence de l'égalité dans le sacrifice. Ici donc, l'idée de personnalité morale de la masse assure automatiquement l'exécution de la règle supérieure d'équité : « Nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui ».

CHAPITRE II

L'Obligation légale.

Tandis que dans les théories que nous venons d'étudier, l'élément contractuel disparaissant du Concordat, et l'élément judiciaire y restant seul, l'institution avait ainsi une apparente unité, dans le système dont nous parlons maintenant, le Concordat est représenté comme « une juxtaposition d'actes juridiques distincts » ; mais, avant de les étudier, il importe de dire quelques mots de la tentative d'explication fournie par Oetker, car elle a inspiré la théorie de Löhr. Il y a d'abord entre ces auteurs un point commun : ils n'attribuent pas au tribunal le pouvoir exorbitant que lui donnaient Schulze et Chéron ; ou plutôt, d'après eux, les juges ne rendent plus une sentence qu'ils estiment la plus conforme à l'intérêt général ; ils n'ont d'autre mission que d'appliquer la loi : ils déclarent tenus d'une *obligatio ex lege* les créanciers concordataires ; du moins c'est la conséquence que nous croyons pouvoir tirer des explications de Oetker, qui sont loin d'être claires (la théorie de Löhr est bien plus compréhensible). Oetker, en effet, après avoir déclaré que le lien obli-

gatoire du Concordat ne dérive ni du contrat ni du jugement, se contente de dire qu'il a sa source dans la loi. Mais il faut bien que cette obligation légale soit appliquée par quelqu'un : seront-ce les créanciers de la majorité qui l'imposeront à la minorité en même temps qu'à eux-mêmes ? Ce serait bien extraordinaire que dans l'hypothèse spéciale de la faillite, les particuliers aient reçu le pouvoir, qu'ils n'ont jamais de droit commun, de disposer de la loi. Egalement, comprendrait-on que le législateur ait donné aux majoritaires carte blanche pour appliquer au projet le plus fantaisiste, le plus vexatoire, de Concordat, cette fameuse obligation légale ? Ce serait mettre souvent la loi au service de l'iniquité. L'obligatio ex lege sera donc déclarée par le Tribunal ; mais quels créanciers en seront tenus ? il semble bien que, d'après OEtker, il faille répondre : « tous, majoritaires, comme absents et dissidents ». Alors, que devient la Convention intervenue entre le failli et les majoritaires ? Logiquement, elle est réduite à néant, puisqu'elle ne peut par elle-même produire aucun effet juridique ! Elle ne joue même pas le rôle informatif que lui prêtaient les théories prétoriennes, car elle ne forme pas un ensemble soumis à l'appréciation du tribunal ; pour OEtker, en effet, le Concordat se compose de trois parties : la déclaration de volonté du failli, le vote majoritaire, la décision judiciaire ; ce sont là trois tronçons que l'auteur allemand nous présente et il ne nous laisse

deviner aucune coordination entre les deux premiers. Sur l'importance du troisième, nous sommes réduit aux hypothèses. Aussi, l'impression que nous laisse ce système est-elle détestable : il est brutal, puisqu'il supprime dans le Concordat jusqu'à l'apparence d'un contrat et qu'il constitue par là même la plus forte négation de la liberté individuelle ; il est illogique puisqu'il ne s'appuie sur aucun texte et ne cherche point à se justifier lui-même ; enfin, il ne s'explique par aucune considération d'utilité pratique.

Autant la théorie d'Œtker est nébuleuse, autant celle de Löhr est claire ; mais elle n'est pas pour cela beaucoup plus satisfaisante. Elle consiste à voir dans le Concordat deux actes bien distincts : d'abord, un contrat intervenu entre le débiteur et les créanciers de la majorité ; ensuite, un acte de la puissance publique qui oblige les créanciers de la minorité et les dissidents à adhérer à la convention majoritaire. Elle met sur le pied d'égalité l'élément contractuel et l'élément autoritaire et, à la différence des doctrines unitaires prétoriennes, en revanche, à l'imitation de la théorie d'Œtker, elle fait dépendre ce dernier élément, non plus du pouvoir judiciaire, mais bel et bien de la loi (1).

(1) Löhr, *Nature juridique du Concordat*, dans Busch, t. XVI, p. 335 et sq. : « Une contrainte légale apparaît donc dans notre cas comme admissible, car, quand le débiteur commun s'est mis d'accord avec la majorité des créanciers, entre ceux-ci le contrat est achevé. Mais pour ceux qui n'ont pas adhéré à l'accord, il y a

Sans doute c'est le tribunal qui condamne la minorité à subir le traité consenti par la majorité ; mais il n'agit point ici en vertu du pouvoir propre qui lui appartient de droit commun ; il ne fait qu'appliquer à la minorité une obligation légale ; il est l'organe interprétatif de la loi.

Dans la critique qu'il fait du système de Schulze, Löhr distingue, en effet, les jugements déclaratifs de droits et les jugements constitutifs de droits. Les premiers sont véritablement des jugements, les deuxièmes sont des actes de puissance publique, et comme tels ils relèvent de la loi. Mais que nous importe ce départ ? que l'on dise que la minorité est tenue en vertu d'une sentence judiciaire ou qu'elle l'est en vertu d'une obligation légale, le résultat est le même : pour la liberté individuelle, c'est le feu au lieu d'être la potence. Et d'ailleurs, peut-on vraiment prétendre que le Concordat possède pour les chiro-

« dans le contrat conclu des dispositions contractuelles fermement
 « établies qui ne peuvent leur être imposées que par la loi. Toute
 « la question est de savoir si cela doit être, car les créanciers con-
 « tractants peuvent avoir en vue leurs intérêts personnels et alors
 « une contrainte serait injuste. Mais, quand une grande partie bien
 « déterminée de créanciers a accepté le contrat et que le débiteur
 « commun ne paraît pas de mauvaise foi, que la procédure fixée a
 « été suivie et qu'enfin le juge a homologué le contrat, on peut
 « penser qu'il y a assez de sécurité que le contrat soit conforme
 « aux vrais intérêts de tous les créanciers, et que le législateur a
 « le droit de briser l'opposition de la minorité en proclamant : « ce
 « qui, pour la majorité vaut comme contrat, cela vaut pour vous
 « par la loi ! » p. 384.

graphaires l'effet novatoire de la *litis contestatio* romaine ? peut-on dire qu'il leur constitue des droits nouveaux ? Certes non, on ne saurait considérer comme tel le fait pour les créanciers de consentir des remises au failli et de lui accorder des délais pour se libérer, car il ne rentre dans aucune des trois hypothèques prévues par l'art. 1271 Code civil : le débiteur n'a pas contracté envers son créancier une nouvelle dette ; c'est l'ancienne qui subsiste incontestablement. Tout au plus, cette distinction entre les jugements déclaratifs et les jugements constitutifs de droits présenterait-elle un intérêt pour ceux qui, partisans du rôle prépondérant joué dans le Concordat par l'élément judiciaire, voudraient expliquer comment un jugement rendu entre le failli et les chirographaires présents est opposable à ceux qui n'y ont point été parties, c'est-à-dire aux créanciers encore inconnus à cette date.

Quoi qu'il en soit, la théorie de Löhr a un défaut qui n'échappe à personne ; elle scinde artificiellement le Concordat en deux tronçons et elle n'établit entre eux aucun véritable rapport (1). Le législateur de 1838 n'a certainement pas voulu isoler ainsi l'homologation

(1) L'homologation judiciaire dont parle Löhr, ne peut même pas servir de trait d'union. Pour Löhr, en effet, le juge doit s'assurer seulement qu'un Concordat n'intervient pas dans des conditions plus douces que la loi ne le permet, et que le contrat a été conclu en observant des formalités légales, p. 398-99.

judiciaire du contrat ; la seule lecture du Code suffit à le démontrer, et si l'engagement des dissidents et des absents vis-à-vis du failli avait été seulement dans l'esprit des rédacteurs la conséquence d'une *obligatio ex lege* appliquée par le tribunal, ils n'auraient pas pris la peine de réglementer aussi minutieusement la procédure préparatoire de vérification et d'affirmation des créances et la tenue de l'assemblée générale sur le Concordat. Dans tous les cas, si l'engagement de la minorité et celui de la majorité vis-à-vis du débiteur avaient une source différente, on ne comprendrait pas que le législateur ait donné à tous les créanciers sans distinction des voies de recours semblables. D'autre part, il est très difficile d'expliquer (aussi Löhr ne le fait-il pas) pourquoi la loi est ainsi mise au service des particuliers ; car l'argument dont nous usions contre Oetker prend ici une force nouvelle. En effet, si le bénéfice du Concordat est définitivement acquis au débiteur, cela signifie que les dissidents et les absents ont été contraints par la loi d'adhérer à la convention majoritaire ; en d'autres termes, que les créanciers de la majorité ont disposé à leur gré d'une arme terriblement dangereuse contre ceux de la minorité ; le résultat est le même si les chirographaires majoritaires ont refusé de contracter avec le failli : ici encore la loi courbe devant cette volonté la liberté des minoritaires. Presque toujours, l'*obligatio ex lege* consacrerait donc le despotisme du groupe le plus

puissant ! Ainsi la théorie de Löhr est l'apologie de la force ! cette constatation seule suffirait à la faire repousser ; mais on peut invoquer contre elle une dernière considération : est-il possible de concevoir que le tribunal joue avec indépendance le double rôle que Löhr prétend lui faire tenir ? à l'égard de la majorité, il doit ratifier ou refuser de ratifier purement et simplement le contrat ; à l'égard de la minorité, il doit appliquer l'obligation légale. Pratiquement il n'en est point ainsi ; les juges apprécient le Concordat en bloc ; ils le ratifient au nom de la masse toute entière et, procéderaient-ils à un départ aussi artificiel entre les intérêts des majoritaires et ceux des dissidents, qu'ils ne pourraient accomplir la deuxième partie de leur mission qu'à la condition d'avoir rempli la première et précisément dans la mesure où ils l'auraient remplie ? Ce système dualitaire est donc insoutenable : *naturellement*, le Concordat est *un* ; il n'est pas un acte de puissance publique, nous croyons l'avoir suffisamment montré en réfutant les théories prétoriennes d'une part, et le système d'OEtker, de l'autre. Il est donc un contrat passé entre le failli et le groupe majoritaire, organe interprétatif de la masse, et agissant pour elle ; contrat ratifié par le tribunal homologuant en vertu des pouvoirs qui lui sont propres et avec la liberté que lui concède l'art. 515.

CHAPITRE III

Le Concordat contrat collectif.

Dans une étude de grand mérite dans laquelle nous avons puisé des renseignements précieux sur la littérature juridique allemande, M. Rouast s'est efforcé de démontrer que le Concordat de faillite constituait le plus parfait, le plus incontestable exemple du contrat collectif. Adversaire convaincu en cette matière, de la notion de personnalité morale et de l'idée que le Concordat ne serait qu'un faisceau de contrats, consentis par les créanciers *nominatim* avec le failli, l'auteur combat donc l'individualisme ; en revanche quoique s'inspirant d'une conception différente de la nôtre, il conclut, comme nous l'avons fait, à l'unité du Concordat. Sa théorie est, en somme, assez voisine de celle de Kohler ; mais tandis que l'allemand voyait dans la procédure l'élément essentiel de l'acte, le français met dans le Concordat le formalisme à l'arrière-plan. Qu'est-ce donc qu'un contrat collectif ? Ce n'est pas, nous dit l'auteur, tout acte passé avec une contrepartie par un groupe d'individus ; car ce groupe d'individus peut être, soit un ensemble de personnes

traitant chacune pour son propre compte, et cela se produit notamment dans les hypothèses d'indivision volontaire ou forcée, de communauté ou de propriété en main commune ; soit une personne morale contractant elle-même et à son profit. Dans l'un et l'autre cas le contrat sera individuel. Le contrat collectif, au contraire, est l'œuvre d'une majorité qui impose sa volonté à une minorité parce que tous les membres de la collectivité organisée sont en état de nécessité, c'est-à-dire sont unis par un lien très étroit de solidarité. Ce contrat fait donc échec aux art. 1108 et 1165 du Code civ., à moins que l'on ne se décide à donner aux opposants une autre dénomination que celle de tiers ce qui, entre parenthèses, serait plus logique : « ils sont unis (aux votants) par un lien qui, s'il n'est pas volontaire, n'en n'est pas moins réel et énergique, le lien collectif de fait qui groupe tous les individus qui sont dans un état commun de nécessité » ; il vaudrait donc mieux les appeler « ayants cause à titre collectif ». Quoi qu'il en puisse être, actuellement, les opposants sont des tiers et subissent les conséquences du contrat consenti par les votants parce que, pour sortir de l'état de nécessité, une solution unique s'impose. Mais pour rendre efficace la contrainte des opposants, l'autorité publique intervient tout le temps de l'élaboration du contrat d'abord, et au moment de son exécution ensuite, et c'est ce qui explique le formalisme de la faillite, le caractère procédural du

contrat d'une part, et, d'autre part, la nécessité pour tous les membres de la collectivité d'obtenir l'homologation du tribunal. D'ailleurs on doit bien se garder de confondre la collectivité dont il est ici question avec une personne morale « on a proposé de voir dans « la masse des créanciers à la faillite une personne « morale ; si cette personnalité est justifiée par « ailleurs, elle n'a du moins rien à voir en ce qui « concerne le Concordat, et si l'on s'appuie sur le « Concordat pour établir la personnalité, elle est « injustifiée, car l'acte rentre directement dans la « sphère personnelle d'action des individus, il touche « à leur droit individuel d'action en justice, à leurs « créances particulières... ». Ainsi la personne morale se meut dans un certain domaine et n'en peut sortir sous peine de léser les intérêts privés ; la société, en d'autres termes, a son activité doublement limitée et par les droits des groupements similaires et par ceux de ses propres membres. « La personne morale « ne pourrait sortir de son domaine et empiéter sur « celui de ses membres : ceux-ci ont des droits personnels, antérieurs et supérieurs à ceux de la personne « morale, les « Sonderrechte » (1).

On ne saurait davantage confondre la collectivité dont il est ici question avec les groupes de copropriétaires en main commune ou de co-indivisaires,

(1) Rouast, *loc. cit.*, p. 200.

car tandis que celle-ci a pour caractère essentiel d'être nécessaire et active, ceux-ci, au contraire, sont ou volontaires ou inactifs. La conclusion est donc qu'il y a à côté du droit individuel dont jouissent le particulier et la personne morale, un droit collectif qui régit les groupements en état de nécessité, et que soutient, pénètre la puissance publique. Les contrats collectifs dont le Concordat fournit le plus incontestable échantillon, sont appelés à jouer dans la vie juridique un rôle important ; leur extension est désirable puisqu'ils assureront à l'initiative privée le minimum de liberté que ne lui donne plus le contrat individuel sous la forme actuelle du contrat d'adhésion.

Telles sont, très succinctement exposées, quelques-unes des idées de M. Rouast sur le contrat collectif ; nous ne les croyons pas exactes, ou plutôt nous les jugeons très imprécises ; aussi ne voyons-nous pas l'utilité de substituer une notion encore mal connue à une théorie qui satisfait pleinement notre raison. Que l'auteur se soit employé brillamment à réfuter les systèmes allemands du Concordat-jugement, de l'obligation légale ; qu'il ait, avec succès, établi une distinction capitale entre la situation des chirographaires d'une faillite et celle des titulaires de la propriété commune, nous ne pouvons qu'applaudir à ses efforts et en tirer nous-même le plus grand profit. Mais nous nous refusons à admettre que le Concordat soit autre chose que l'œuvre d'une personne

morale et d'un failli. L'idée de contrat collectif ne nous ouvre pas des horizons nouveaux et elle ne nous permet pas de tirer les conclusions libérales que nous avons déduites de la notion de la personnalité morale. Il faut même aller plus loin : cette théorie, inspirée pourtant par les meilleures intentions, entraînerait rapidement notre droit sur la perte dangereuse où l'a placé la Cour de cassation en 1903 ; la puissance publique, qu'elle soit exercée directement par l'Etat ou déléguée aux tribunaux, n'a point d'autres limites que celles que lui assigne l'opinion publique ; et l'opinion publique est aveugle en matière juridique. M. Rouast a bien soin d'attribuer dans le contrat collectif une place secondaire à l'élément autoritaire et de donner en revanche à l'élément conventionnel le premier rôle, mais en réalité les choses resteraient-elles longtemps ainsi ? (1) Et encore faudrait-il justifier cette immixtion de l'autorité !

M. Rouast, pour ce faire, nous donne trois arguments qui ne sont guère probants !

Le premier est un argument mathématique ou si l'on veut une référence au principe de causalité : la minorité se trouve engagée dans les liens d'un contrat

(1) Rouast écrit lui-même : « Le contrat collectif, par l'élément d'autorité qu'il contient, confine au droit public... Nous sommes sur les frontières du droit privé et du droit public, et suivant qu'on augmentera plus ou moins l'élément consensuel ou l'élément autoritaire, il y aura contrat collectif ou acte de puissance publique... », p. 166-167.

qu'elle n'a pas voulu ; si la cause de cette obligation n'est pas le consentement, ce ne peut être que la puissance publique ; en tous cas, ce ne sera pas la volonté de la majorité ; puisqu'en vertu de la règle de proportion de cause à effet, cette volonté n'a pu engager que ceux qui l'ont eue (1). Or, nous prétendons qu'il est beaucoup plus logique de dire qu'à un effet commun à tous les chirographaires, l'obligation d'accorder au débiteur des remises et délais pour le paiement du passif, correspond à une cause unique, la convention. C'est parce que la masse a contracté avec le failli que les créanciers majoritaires, minoritaires, absents, sont obligés, et ce simple rappel de notre théorie nous aide à réfuter le second argument de M. Rouast : « on peut, nous dit-il, justifier pratiquement l'intervention de l'autorité dans le contrat collectif par la nécessité de rendre effective la contrainte de la minorité. » Voilà un moyen bien empirique, brutal, de contraindre les dissidents chirographaires à respecter le concordat consenti par la majorité. Et combien il est plus naturel de faire découler l'obligation minoritaire d'une source purement contractuelle ! Quant au troisième argument, il ne mérite guère ce nom, puisque, lorsqu'il est invoqué, il n'est plus nécessaire : l'auteur a déclaré indispensable l'intervention de la puissance publique ; bonne ou mauvaise,

(1) Voy. p. 156.

les créanciers de la minorité devraient donc la subir ; il n'y a pas à la justifier en proclamant qu'elle est pour eux une excellente mesure de protection : « Une
« autre nécessité pratique est la protection de cette
« minorité elle-même. . . . , la majorité laissée à elle-
« même pourrait faire des actes arbitraires, détourner
« son pouvoir, sortir de son rôle. . . . , l'intervention
« d'une autorité indépendante est nécessaire pour la
« maintenir dans ces limites. La minorité aura par là
« des garanties qui lui rendront plus facilement accep-
« tables ses obligations. . . » L'idée de protection étri-
quée, étouffée, dans le système de M. Rouast, recouvre au contraire dans le nôtre toute son ampleur. C'est à la personne morale elle-même, représentant tous les créanciers, qu'elle s'applique ; et elle seule justifie et limite l'intervention de l'autorité judiciaire. Elle se manifeste par le formalisme du Concordat et par l'homologation, sous des formes par conséquent analogues à celles qu'elle revêt, lorsqu'elle s'applique à un mineur en tutelle. Mais M. Rouast ne veut reconnaître, à aucun prix, la personnalité morale de la masse ; car il pose en principe qu'une personne morale se meut dans un domaine tout à fait différent de celui des individus et ne peut, en conséquence, exercer les droits des particuliers.

D'après lui, les créanciers de la faillite font valoir « leurs Sonderrechte » lorsqu'ils votent le Concordat, et si l'on reconnaissait à une personne morale la

faculté de consentir à ce traité à leur place, on consacrerait une des plus graves atteintes à la liberté individuelle. Nous observons d'abord que ces fameux « Sonderrechte », au moins en ce qui concerne les chirographaires minoritaires et absents, sont complètement sacrifiés dans la théorie du contrat collectif, qui n'arrive d'ailleurs pas à légitimer, nous l'avons vu, l'intervention de la puissance publique. D'autre part, nous demandons quelles sont les limites qui séparent le terrain privé du domaine de la personne morale ; où commencent les droits du particulier, où finissent ceux de la personne morale ? (1). M. Rouast répond : « Les créanciers qui ont traité avec le failli ont suivi sa foi et ont de ce chef un droit personnel à la réalisation de leur droit : ils possèdent une créance et ont le droit de ne pas en être expropriés par qui que ce soit ». Pour nous, nous croyons que les créanciers n'ont pas traité purement et simplement avec le commerçant ; ils ont implicitement consenti à entrer dans le syndicat de chirographaires qui liquiderait la situation du débiteur, en cas de faillite. Ce n'est pourtant pas une exagération de dire que toute personne qui suit la foi

(1) Rouast, *op. cit.*, p. 61-62. « La personne morale a une certaine « sphère d'activité, les individus ont la leur, l'une limitant l'autre. « Sans doute on nous objectera que ce critérium manque lui aussi « de précision, puisque ce qui détermine ces sphères parallèles, ce « sont nos croyances. Mais en fait, nous obtiendrons une précision « suffisante à propos de chaque acte, en nous demandant s'il se « rattache à l'activité normale de l'un ou de l'autre sujet... »

d'un commerçant, traite en connaissance de cause, considère très sérieusement la qualité de son débiteur et accepte d'avance toutes les conséquences de son insolvabilité. Elle sait que lorsque la crise sera ouverte, ses droits personnels, une fois vérifiés, feront masse avec ceux de ses collègues chirographaires et seront exercés par une personne morale représentée par le syndic et titulaire d'un droit de jouissance sur le patrimoine du failli. En quoi alors pourra-t-on prétendre que sa situation est différente de celle d'un actionnaire ? Celui-ci n'a-t-il pas détaché de son patrimoine une certaine fraction, n'a-t-il pas abdiqué ses Sonderrechte sur une quote-part de ses biens au profit de la société, comme le chirographaire le fait au profit de la masse et l'un et l'autre de ces personnages, sociétaire et créancier, ne va-t-il pas toucher en échange un dividende ? Sera-t-on en droit d'objecter, comme le fait M. Rouast, que la société étant formée librement, alors que la masse s'est nécessairement constituée, il ne saurait y avoir entre elles aucune similitude ? Certes non, l'état de nécessité solidaire n'est pas plus favorable au développement du contrat collectif qu'à l'éclosion de la personne morale ; il est assez fréquent de voir une société se constituer, soit pour parer à un danger qui menace un certain nombre d'individus, soit pour remédier à une catastrophe dans laquelle les intérêts privés risqueraient de sombrer. Les particuliers délèguent alors à la personne morale

le soin de les défendre ; sentant la nécessité d'une action unique et l'inanité des efforts isolés, ils renoncent, au profit de l'association, à l'exercice de leurs Sonderrechte : ils permettent à la personne morale de les faire valoir à leur place. C'est ce qui se produit en matière de faillite.

Assurément, dans le Concordat, la masse ne jouit point, tant s'en faut, de toute la liberté qu'aurait la société constituée « *cœlo sereno* » ; elle est obligée de prendre un parti immédiat et sa décision est souvent dictée par les circonstances ; mais précisément le Concordat consenti ainsi en état de nécessité, n'est-il pas soumis à l'homologation du tribunal ? La personne morale ne jouit-elle pas de la protection judiciaire ? Sans doute encore certains créanciers ne sont entrés dans l'association qu'à contre-cœur ou même à leur insu ; mais les uns, les dissidents, ont participé activement à l'élaboration de la volonté de la masse ; les autres, les absents, n'ont pas été complètement étrangers à la combinaison électorale, puisque l'on a tenu compte de leurs créances ; ils ont figuré pécuniairement au vote ; pour d'autres enfin, les inconnus, la masse a été gérante d'affaire ; elle a sauvegardé partiellement ses droits qui, sans elle, auraient été annihilés. D'ailleurs la justice apprécie toutes ces situations particulières avant de prononcer l'homologation du Concordat.

Ainsi l'état de nécessité n'est point un criterium du

contrat collectif ; la notion de solidarité nécessaire n'est pas exclusive de l'idée de personnalité morale. Il n'y a point, dans le Concordat, expropriation publique ou privée de certains créanciers, de leurs Sonderrechte ; ce qui signifie que le traité, consenti au failli, n'est pas une exception apportée, soit par la puissance publique, soit par la majorité, à l'art. 1165. La personne morale représente et conserve, dans la mesure du possible, les Sonderrechte de ses membres ; elle n'exproprie jamais, car les sacrifices opérés en temps de péril ne relèvent point de la contrainte humaine (1). M. Perceron a signalé très nettement cette analogie. Sans doute on ne voit pas dans la société anonyme l'élément judiciaire qui intervient dans la procédure de faillite ; les délibérations de l'Assemblée générale des actionnaires ne sont ni prises sous la direction du juge-commissaire, ni soumises à l'homologation du tribunal ; mais cette différence tient uniquement, comme nous l'avons déjà dit, à ce qu'il n'y a pas la même utilité à protéger l'actionnaire que le créancier puisque l'un est plus libre que l'autre, et d'ailleurs

(1) Ainsi, quoi qu'en ait dit M. Rouast, l'appellation de société légale, dont se sert M. Perceron, *op. cit.*, p. 89, pour désigner la masse concordataire, n'a rien de contradictoire avec l'idée que le concordat est un contrat. En somme, la loi n'a pas à créer la société ; celle-ci est née de la nécessité : elle en constate simplement l'existence et l'organise. Et il apparaît bien que cette organisation est sensiblement la même que celle d'une société commerciale.

se maintiendra-t-elle longtemps ? Il est permis d'en douter. Depuis une vingtaine d'années, en effet, à la suite de catastrophes financières nombreuses et retentissantes, l'opinion publique paraît exiger pour les sociétés un régime de liberté surveillée ; la loi de 1893 a bien donné aux souscripteurs et aux tiers un certain nombre de garanties ; mais la réaction est insuffisante, et il faudrait accorder au tribunal de commerce les mêmes pouvoirs de contrôle et de ratification qu'il possède déjà en matière de faillite. L'Italie n'est-elle pas entrée dans cette voie en soumettant l'acte de constitution d'une société anonyme à l'homologation du tribunal ? Quoi qu'il en soit, M. Rouast et tous les adversaires de la personnalité de la masse, contestent vivement que l'on puisse assimiler celle-ci à une société et lui en donner le nom, parce que, disent-ils, elle ne répond nullement à la notion de société que fournit l'art. 1832 C. civ. : « La société est un contrat « par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent « de mettre quelque chose en commun dans la vue « de partager le bénéfice qui pourra en résulter ». L'argument est-il bien probant ? Il n'est pas contestable que, tandis que, suivant la vieille expression latine, la société proprement dite *certat de lucro captando*, le groupe concordataire, au contraire, *certat de damno vitando*, mais depuis le Code civil, de nombreux groupes, doués de la personnalité morale, se sont formés, et qui n'ont pas eu pour but la réalisation de bénéfices.

Ce sont actuellement les syndicats et les associations qui ont pour objet, les uns « l'étude et la défense des « intérêts économiques, industriels, commerciaux et « agricoles » (art. 3, loi du 24 mars 1884), les autres : « un but autre que de partager des bénéfices » (loi du 1^{er} juillet 1901, art. 1^{er}). Il n'est guère possible de ranger la masse parmi ces personnes morales nouvelles, si l'on ne veut pas l'assujettir, comme celles-ci, à toutes les formalités prescrites pour l'obtention de la capacité juridique (dépôt des statuts, déclaration faisant connaître le titre et l'objet de l'association, etc.) ; en revanche, rien n'empêche de considérer le groupe concordataire comme une personne morale d'une nature particulière à laquelle la loi a donné précisément le nom de « masse » ; de cette façon toutes les susceptibilités terminologiques sont apaisées. D'ailleurs la seule chose qui nous importe, c'est de constater, dans notre droit actuel, sous les noms et avec les buts les plus divers, l'existence de la personne morale : existence habituellement très longue, d'une durée illimitée ; quelquefois, au contraire, très courte, éphémère, et c'est le cas de la masse. Ce peut être celui d'une association charitable, organisée pour réparer les maux occasionnés par un fléau et disparaissant parfois très rapidement avec la cause qui l'a fait naître. C'est aussi le cas de la société civile qui se constitue pour une entreprise déterminée (1842) et dont la disparition très prompte est causée « par l'extinction de la chose

ou la consommation de la négociation » (1865, 2^o). On sent donc l'inanité de cette objection de M. Rouast contre la personnalité morale de la masse : « Ne voit-on pas, dit-il, ce qu'il y a d'étrange dans l'idée d'une personne morale qui n'existe que dans le but de disparaître » : Tout en soulignant la bizarrerie d'une pareille formule, c'est le cas de répondre ici : « le temps ne fait rien à l'affaire ». En terminant, nous ne pouvons nous empêcher de remarquer que les détracteurs de la personnalité morale de la masse n'ont jamais fourni, dans leurs systèmes, une explication du fait que les créanciers ne sont pas mis individuellement en cause dans les actes de procédure et que le nom du syndic, représentant de la masse, y figure seul. Ils se sont contentés, soit de contester la valeur légale de la règle : « nul ne plaide en France par « procureur », soit de la présenter ici comme une exception justifiée par les usages commerciaux (1). Or, à nos yeux, les alinéas deux et trois, art. 443, suffiraient

(1) Saleilles, *Histoire de la commandite*, *Ann. dr. commercial*, 97, p. 46 : « Nous sommes en droit de revendiquer pour le droit « moderne la conception en dehors de toute personne fictive, « de patrimoines séparés ayant pour lien et pour base d'unification « leur affectation et constituant ainsi un gage spécial et réservé « pour une masse spéciale de créanciers. L'on a cru que la person- « nalité était indispensable pour expliquer toute séparation de « patrimoines, toute constitution d'un patrimoine distinct fonc- « tionnant en toute indépendance à côté ou en dehors des différents « patrimoines individuels dont il fût extrait. Au point de vue « historique, c'est une erreur fondamentale... »

seuls à établir définitivement la personnalité morale de la masse. « A partir de ce jugement, toute action « mobilière ou immobilière ne pourra être suivie ou « intentée que contre les syndics. Il en sera de même « de toute voie d'exécution tant sur les meubles que « sur les immeubles ». Les arguments fournis, chemin faisant, à l'appui de notre théorie, nous dispensent d'insister davantage sur ce point, et notre conclusion est celle-ci : l'idée du Concordat contrat collectif ne nous satisfait nullement ; elle est d'abord trop imprécise, elle a ensuite le gros défaut de compliquer l'institution par l'exception qu'elle apporte à l'art. 1165 et c'est tout juste si elle garde son caractère unitaire. Elle est enfin, et surtout, très dangereuse : appeler la puissance publique pour parfaire un contrat et engager une minorité réfractaire, c'est s'exposer à la voir bientôt faire par elle-même le Concordat, c'est-à-dire exproprier tous les chirographaires de leurs fameux Sonderrechte et sans que les créanciers aient les garanties que la loi de 1855 donne aux propriétaires.

CHAPITRE IV

Un système transactionnel : la *Gesammte Hand*.

Une certaine partie de la doctrine tente actuellement de restaurer en France la notion de propriété en main commune. A côté de la propriété individuelle, appartenant à un particulier ou à une personne morale, et de la propriété indivise, sur laquelle chacun des héritiers ou des ex-associés prétend exercer pour une quote-part idéale le droit qu'il aura, après partage, sur une quote-part réelle, il faut ranger la propriété en main commune, c'est-à-dire le droit que possède, sur l'ensemble de la chose, chacun des copropriétaires. Certains auteurs vont même plus loin et, adversaires irréductibles de l'idée de personnalité morale, classent dans les cadres de la propriété collective ce qui, d'après eux, est une fausse manifestation de propriété individuelle.

Quoi qu'il en soit de cette théorie outrancière, on distingue d'une façon générale la propriété individuelle, la propriété indivise, la propriété collective. Cette dernière sorte de propriété n'est pas, comme on pourrait le croire, une importation récente germanique. Ce n'est pas dans les nouveaux codes allemands ou

dans la doctrine qui a inspiré leurs travaux préparatoires, que les auteurs français ont puisé la notion de la *Gesammte Hand*. C'est dans notre ancien droit français qu'ils l'ont trouvée. Il paraît bien, d'ailleurs, que le droit romain ne l'a point connue et que ce sont les barbares qui l'ont transplantée d'Outre-Rhin sur notre sol. Elle se manifeste alors dans la communauté entre époux, dans celle qui se continue, après la mort de l'un des conjoints, entre l'époux survivant et les enfants nés du mariage, dans les communautés taises très répandues dans les régions coutumières de la France, et enfin dans toutes les associations industrielles ou commerciales qui ne sont point douées de personnalité morale. De nos jours, elle se perpétue, peut-être dans la communauté légale, plus sûrement dans les sociétés en nom collectif et en commandite et dans les associations non déclarées de la loi de 1901 ; on a cru enfin la trouver dans les sociétés civiles, jusqu'au moment où le célèbre arrêt de cassation de 1891, en reconnaissant à ces sociétés la personnalité morale, a fait naître, sur ce point, des doutes et des controverses innombrables. Nous n'avons pas à prendre parti dans le débat, mais à nous demander simplement si la notion de la *Gesammte Hand* ne pourrait pas nous être utile pour expliquer la nature juridique du concordat (1).

(1) Voy. Percerou, *op. cit.*, I, p. 88, note 2.

La définition de la *Gesammte Hand* que donne M. Ricol (1), très claire et très complète, nous en rappelle parfaitement les caractères. Il s'agit ici d'un droit collectif de propriété qui porte sur « un patri-
« moine appartenant à tous les communistes dans leur
« union et dans leur personnalité physique, sans aucune
« distinction de quote-part qui compèterait à chacun
« d'eux, de telle sorte que, théoriquement, nul ne peut
« disposer sans la volonté des autres d'un bien commun
« et que tous doivent coopérer aux actes juridiques,
« sauf la possibilité, pratiquement nécessaire, d'une
« représentation, d'une gérance ». L'auteur traduit en outre un passage suggestif de l'allemand Gierke :
« Cette absence de quotes-parts, résultat de l'union
intime des personnes qui sont liées en mains communes, est le trait caractéristique de la *Gesammte Hand* et duquel découlent toutes ses conséquences juridiques » (2).

Voici alors comment la question se pose en matière de faillite : ne peut-on pas considérer les chirographaires du failli comme ayant un droit collectif sur son patrimoine, droit dont ils sont eux-mêmes les titulaires, au lieu que ce soit une personne morale qui le possède, droit qu'ils ont chacun sur l'ensemble des biens au lieu de ne l'avoir que sur une quote-part idéale ?

(1) Ricol, *La copropriété en main commune*, thèse Toulouse, 1907.

(2) Ricol, *op. cit.*, p. 79 (Gierke : *die Genossenschaftstheorie*, p. 345).

Certes, il est à peine besoin de dire que les créanciers ne sont pas propriétaires en main commune du patrimoine de leur débiteur : le jugement déclaratif n'est point un jugement d'adjudication et n'entraîne pour le failli que « dessaisissement de tous ses biens... » (art. 445). Ce dessaisissement n'est qu'une conséquence, comme nous l'avons maintes fois signalé, de l'application intégrale des articles 2093 et 1167 Code civil. Il met sous la main des créanciers un ensemble de biens qu'ils pourront vendre, si une solution pacifique n'intervient pas, comme autrefois ils pouvaient exécuter le débiteur. Il garantit définitivement les créanciers contre tous les actes frauduleux du failli ; il les rend titulaires d'un véritable droit réel dont l'inscription d'hypothèque légale constitue, au regard des tiers, la prise de possession. Les chirographaires administrent donc le patrimoine du failli et en jouissent collectivement ; et cela n'a rien de contraire à la notion de Gesamte Hand, puisque, à aucune époque, elle ne s'est appliquée uniquement à la propriété. Chaque créancier a droit, non point à une fraction de jouissance, mais bien à une jouissance intégrale et il doit nécessairement intervenir dans tous les actes faits à l'occasion du patrimoine. S'il s'absente, il désigne un mandataire ; sinon, ses intentions ne se présumant point et le passer-outre de ses collègues est inopérant. Il manque en effet au contrat un élément essentiel, la volonté de l'absten-

tionniste, auquel l'acte ne saurait, d'après les principes généraux, ni profiter, ni nuire.

D'ailleurs, puisque tous les ayants droit poursuivent un but commun et que l'unité d'action s'impose, un gérant est désigné, d'un accord unanime, pour l'exécution des opérations courantes. C'est le syndic de la faillite ; il agit en vertu d'un véritable mandat donné par chaque membre de la collectivité. Mais, dans les circonstances les plus graves, cette collectivité aura à intervenir ; et, comme les décisions ne pourraient être prises régulièrement qu'à l'unanimité des voix, un seul créancier ayant en effet sur la chose autant de droit que tous les autres ensemble, on convient que les assemblées générales seront réglementées par la loi majoritaire et que l'on tiendra compte seulement de l'opinion du plus grand nombre. Le Concordat est ainsi l'œuvre de tous les chirographaires ; il profite, il est opposable directement à chacun d'eux, sans qu'il y ait besoin de recourir à l'idée de dévolution de droits d'une personne morale à ses membres ; les quotes-parts s'établissent alors et au moment de la dissolution de la *Gesammte Hand* : ce sont précisément les dividendes, bénéfices retirés de l'action commune.

Cette théorie de la *Gesammte Hand*, appliquée au Concordat, a le grand mérite de mettre vivement en lumière le principe de l'art. 2093. C'est parce que chaque chirographaire, si modeste soit-il, a pour gage

tous les biens de son débiteur, que l'on voit sur le patrimoine de celui-ci une véritable superposition des droits réels de jouissance de tous les créanciers et non une simple juxtaposition, comme cela aurait lieu en matière d'indivision. Ce système nous rend bien compte aussi de l'intervention possible de chaque créancier, auprès du syndic, dans les diverses phases de la procédure de faillite : l'action directe de l'ayant-droit n'est-elle pas la conséquence idéale de la *Gesammte Hand* et le mandat, au contraire, n'y est-il pas un pis-aller ? Mais si, à ces deux points, la théorie de la *Gesammte Hand* nous donne satisfaction, elle a, à tous autres égards, des défauts tels que nous sommes obligé de l'écarter. D'abord il est intéressant de remarquer qu'elle n'a point été adoptée dans son pays d'origine pour expliquer la situation des chirographaires de la faillite. Les nouveaux codes allemands, en effet, qui ont expressément rétabli la *Gesammte Hand* dans certaines matières, n'y font point allusion à propos du *Zwangsvergleich* et ce silence nous paraît significatif. Ensuite, si l'on admet que la faillite a une origine purement romaine et si l'on se rappelle que le Concordat est une création des cités italiennes du Moyen-Age, il paraît alors illogique de tenter d'adapter à une institution latine un rouage germanique. La puissance commerciale s'est déplacée du Midi au Nord, mais en suivant la route naturelle de la vallée du Rhône et s'arrêtant à Lyon, ancienne capitale

gallo-romaine, ville imbue des traditions latines. Ce n'est certes point là que la procédure de la faillite a reçu l'investiture germanique (1) et si par ailleurs la *Gesammte Hand* se développait, c'était dans les régions coutumières et principalement sous la forme de communautés taisibles.

Mais il y a plus, la *Gesammte Hand* est impuissante à rendre compte du principal effet du Concordat, c'est-à-dire de la loi majoritaire. Dans la propriété en main commune, les décisions sont prises à l'unanimité des voix, parce que chaque propriétaire, ayant un droit sur l'ensemble du patrimoine, il n'appartient pas à ses collègues de l'en exproprier. Quelle gêne cette règle n'entraînerait-elle pas dans l'administration des biens du failli, alors qu'il importe d'agir vite et que l'on n'a pas le temps d'obtenir l'avis d'un chacun. On répond que les créanciers constituent un mandataire, le syndic, qui est muni des plus grands pouvoirs. C'est vrai, mais le syndic devrait être élu par tous les chirographaires. Or, il y en a qui sont absents, d'autres qui sont complètement inconnus lors de cette désignation, d'autres enfin qui y sont hostiles ; première difficulté, mais en voici une plus grave : lorsque l'assemblée générale se réunit pour délibérer sur le Concordat, il est rare que l'unanimité se prononce en sa faveur ; il y a donc une minorité dont il faut

(1) Vœsen, *La juridiction commerciale à Lyon sous l'ancien régime*

expliquer l'obligation. Recourrera-t-on alors à l'idée de mandat légal, de représentation forcée comme l'ont fait deux allemands Endemann et Jäger (1). Mais c'est une dérision que d'accoupler ainsi deux mots qui jurent d'être ensemble et il n'y a là qu'une nouvelle production de théories autoritaires dignes de prendre place à côté de celles d'Otter et de Löhr (2). Et puis, que décider au sujet des absents, des créanciers délicatueux, des hypothécaires, qui, insuffisamment désintéressés par l'exécution de leurs sûretés, viennent se faire payer la solde en qualité de chirographaires? On ne peut vraiment pas prétendre qu'ils ont donné mandat à la majorité de contracter pour eux, et le silence, l'abstention, non plus que l'opposition déclarée, ne sauraient donner lieu à une expropriation privée. Le résultat certain de tout cela, résultat d'ailleurs conforme à la nature même de l'institution, sera la dissolution de la *Gesammte Hand*. La *Gesammte Hand*, en effet, exige une fixité absolue du personnel. C'est une collectivité constituée *intuitu personæ*. Elle s'est manifestée d'abord dans la famille, et si elle s'est peu à peu exté-

(1) Jäger, *Kommentar zur K. O.*, p. 745 et suiv., prononce le mot de représentation forcée : « L'Assemblée des votants représente « la société générale des créanciers ; on nous a fait, dit-il, une objection : si la minorité exprime nettement sa volonté de ne pas être « représentée par la majorité... » ; mais c'est une *représentation légale* qui peut avoir lieu, même contre la volonté des représentés.

(2) Ce serait alors le Tribunal dans le jugement d'homologation qui déclarerait applicable l'obligation légale. On retombe en un mot dans toutes les difficultés déjà signalées.

riorisée, ce n'a été que timidement et dans une mesure très restreinte. En tous cas, il a toujours fallu, dans les hypothèses où la disparition d'un membre de la collectivité n'entraînait pas de plano la dissolution de celle-ci, qu'une autre personne, agréée par les communistes, vienne prendre immédiatement la place de l'absent. C'était la coutume dans les communautés taisibles où les mariages étaient combinés de telle sorte que l'association qui perdait un de ses membres au profit d'une collectivité voisine, en prélevait un aussitôt chez celle-ci. C'était le système le plus parfait d'échanges. A l'époque actuelle du moins, la *Gesammte Hand* ne se conçoit qu'au profit d'une collectivité restreinte ; or, ce n'est pas le cas de la masse chirographaire, généralement très considérable et composée des éléments les plus divers. N'avons-nous pas constaté au début de ce travail, que la conséquence de la nationalisation du commerce était une internationalisation, une dispersion du crédit ? et d'autre part, lorsque le failli possède des établissements dans des régions diverses, la notion de *Gesammte Hand* va-t-elle nous fournir, aussi bien que celle de société chirographaire, l'idée d'unité de la faillite ? La personnalité morale de la masse se dresse en face de la personne du débiteur pour discuter son patrimoine : ce sont deux êtres juridiques qui entrent en conflit et signent enfin un traité de paix. La *Gesammte Hand*, au contraire, collectivité instable, ne condense pas son action sur

une personne, parlant, sur le patrimoine qui en est le support ; elle l'éparpille sur chacun des biens du débiteur ; elle arrivera sans doute à les grouper et à former un bloc ; mais elle n'aura réalisé, au lieu du dessaisissement soudain du débiteur, qu'une prise de possession successive de ses biens. En résumé, nous ne pouvons nous résigner à admettre une théorie négative, dans un cas, et brutale, dans l'autre. Si on veut l'appliquer libéralement, on risque fort de ne solutionner jamais la faillite selon le vœu de la loi ; une abstention ou une révocation de mandat de la part de l'un des membres de la collectivité, étant chose très probable au cours de la procédure préparatoire ou au moment du vote du Concordat, la dissolution de la Gesamnte Hand s'impose. Si on cherche à la redresser avec l'idée de mandat ou de représentation forcée, on la fausse et on nous impose l'intervention de la puissance publique. Nous n'en voulons à aucun prix.

CONCLUSION

Nous venons de passer en revue les principales théories qui ont été émises ces dernières années, pour expliquer la nature juridique du Concordat. A la doctrine ancienne qui envisageait le Concordat à la fois comme un contrat intervenu entre la majorité chirographaire et le failli, et comme un jugement condamnant les dissidents et les absents à adhérer à la convention (1), se sont substitués les systèmes de pure autorité. Certains auteurs ont mis en lumière le caractère unitaire du Concordat et l'ont présenté comme le résultat d'un jugement prononcé par le tribunal de commerce contre la masse chirographaire au profit du failli. D'autres, renonçant à toute conception unitaire, ont résolument scindé le Concordat en deux parties ; un contrat et une obligation légale appliquée à la minorité par le tribunal. D'autres enfin ont envisagé

(1) En ce sens : Pardessus, *Droit comm.*, III, n° 1232 et suiv. ; — Renouard, *Faillites*, II, p. 9 ; — Bravard-Veyrières, t. V, p. 383 dit aussi : « C'est donc, non pas un contrat proprement dit, mais un traité qui a un caractère à la fois conventionnel et judiciaire. » *Adde* : Lyon-Caen et Renault, *Traité*, VII, n° 598. Nous avons vu que M. Lyon-Caen, sous l'arrêt de 1903, avait adopté une doctrine tout autre.

le Concordat, soit comme un acte pur et simple de puissance publique, soit comme un contrat intimement pénétré et fortifié par l'élément autoritaire. Devançant l'exposé de ces différents systèmes, nous avons développé la théorie individualiste qui, expliquant la nature contractuelle du Concordat par la personnalité morale de la masse, restituait à l'institution sa physionomie primitive et nous paraissait bien en harmonie avec le système législatif en vigueur. L'examen des doctrines autoritaires n'a pu que nous fortifier dans notre opinion première, et si, un instant séduit par la conception de la *Gesammte Hand*, nous avons tenté d'en faire l'application au Concordat, nous avons été vite convaincu qu'elle ne nous fournissait aucune solution du problème et peut-être même qu'elle nous ramenait aux systèmes prétoriens ou étatistes. C'est donc à l'idée de personnalité morale de la masse que nous revenons en dernière analyse, sans songer toutefois à exposer les systèmes tant philosophiques que juridiques qu'elle a suscités (1).

(1) Un certain nombre d'auteurs éminents (Berthélemy, Planiol) nient catégoriquement la nécessité de l'idée de personnalité morale. D'après eux, ce concept se confond avec celui de propriété collective; ce n'est pas la société qui est propriétaire du patrimoine social, ce sont les associés qui en sont propriétaires collectivement; d'ailleurs, il n'y a qu'à observer ce qui se passe autour de soi pour s'apercevoir que la dénomination de personne morale couvre toujours un patrimoine collectif. Dans un passage très connu, M. Berthélemy s'exprime ainsi : « Nous pouvons être de trois manières « propriétaires d'un champ ou d'un troupeau : individuellement,

Elle seule a l'avantage d'unifier l'institution de la faillite et de fournir l'explication de la loi majoritaire. Cette personne morale existe à l'état latent avant l'ouverture de la faillite ; le législateur n'a donc pas à la créer ; l'application intégrale en matière commerciale,

« indivisément, collectivement, c'est-à-dire à nous tous envisagés « comme n'étant qu'un. Dans le dernier cas, on pourra bien dire « qu'à nous cinq nous ne formons qu'un sujet de droit, une per- « sonne... mais cette personne, ici, loin d'être distincte de nous « cinq, n'est autre chose que nous cinq pris ensemble. »

Quant à M. Planiol, il dit textuellement : « Les personnes qui « s'associent n'ont jamais besoin d'être reconnues comme formant « une personne fictive qu'autant qu'elles ont un actif commun à « gérer comme distinct de leurs patrimoines individuels. Je ne « soutiens rien de plus : l'idée de personne fictive est inséparable « de celle de propriété collective. » (Note 1, n° 676, p. 263, t. I).

Pour ces auteurs la personnalité morale n'est même pas une fiction ; ce peut être tout au plus une dénomination commode de la propriété collective. Il resterait alors un point important à expliquer : celui de la règle inhérente à tout groupement : major pars..., etc.

D'après Planiol (p. 281, I, 1900), on ne pourrait le faire qu'à l'aide de l'idée de représentation légale, partant forcée, de la minorité par la majorité ; mais alors on retombe dans les difficultés que nous avons signalées à propos de la *Gesammte Hand*.

A côté de ce système exclusif de la personnalité morale, un autre s'est fait jour qui ne tend à admettre cette notion que dans un certain nombre d'hypothèses et qui prétend expliquer par la *Gesammte Hand* plusieurs situations juridiques telles que celles des associations non déclarées et des sociétés par intérêt ; nous l'avons précédemment étudié et nous avons conclu à son rejet au moins en ce qui concerne la société de faillite. Il importerait de faire une place à part au système de M. Thaller. Certaines sociétés ne sont pas, à proprement parler, douées de personnalité morale. Le fonds social n'est qu'une masse indivise pour les tiers ; mais à l'intérieur du groupement se dégage une volonté commune de faire sur le patrimoine tous les actes d'administration, d'aliénation nécessaires ; et cette volonté est exécutée par le gérant ; en d'autres termes, les sociétés de ce genre n'ont qu'une personnalité interne. D'autres sociétés, au contraire (sociétés commerciales),

des art. 2093 et 1167 a suffi à la faire naître ; le consentement mutuel des chirographaires l'a fortifiée. Chacun des créanciers a acquis sur le patrimoine du débiteur un droit de gage qu'il n'exercera éventuellement que dans la mesure où la stipulation faite par le débiteur au profit des autres créanciers le lui permet. En d'autre termes, toute personne qui, pour un motif quelconque, devient créancière chirographaire du commerçant, consent, au cas de crise, à ne pas faire valoir isolément son titre, mais bien à en opérer l'apport à la société de faillite ; ces renonciations individuelles ne produisent d'effet que lorsque la faillite étant intervenue, les biens du commerçant deviennent un patrimoine d'affectation pour la masse chirographaire. Dès le début de la crise, il y a lieu de

poursuivent sur un patrimoine collectif un but parfaitement connu des tiers et dont elles peuvent se prévaloir à leur égard. « La pré-
« tendue personnalité des sociétés à existence externe n'est pas
« autre chose que cette répercussion extérieure du contrat social,
« de ce rayonnement qu'il exerce autour de lui. » Nous revenons à la théorie de la Gesamte Hand, mais à une Gesamte Hand justifiée, extériorisée, et dans laquelle on s'explique parfaitement le fonctionnement de la loi majoritaire.

Deux autres systèmes enfin admettent la personnalité morale ; mais tandis que le premier, agréé en France par la jurisprudence et par la majorité des auteurs (voir la notion dans Lyon-Caen et Renault, n^{os} 203 et suiv. ; dans Aubry et Rau, I, § 54 (4^e édit.) ; cf. Pic, *Sociétés comm.* (collect. Thaller, p. 193 et suiv.), ne reconnaît la personnalité morale qu'à titre de fiction. Le deuxième plus généralement admis à l'étranger (Voy. cependant Michaud, *La théorie de la personnalité morale*, n^{os} 67 et sq., Josserand, Hauriou, etc.) voit dans la personne morale une réalité, à des degrés divers, ce que Gierke (*Genoss. th.*, p. 274) appelle une *realegesammperson*.

prendre des décisions rapides pour la liquidation d'une situation obérée. Il faut poursuivre un résultat auquel ne pourrait prétendre aucun individu isolé, car les droits chirographaires, exercés séparément, se nuiraient les uns aux autres ; les créanciers absents, les inconnus ne seraient point protégés puisqu'ils ne produiraient leurs titres qu'après la disparition de tout actif ; il y aurait d'ailleurs contravention au pacte tacite conclu avant la faillite entre chirographaires, de ne rien tenter sur le gage commun qui ne soit d'un intérêt général. Sur ce patrimoine d'affectation, les créanciers ont-ils un droit de jouissance collectif ? non, car si chacun d'eux est un ayant cause à titre universel, et prétend par là légitimement avoir comme garantie l'ensemble des biens du failli, il a une créance d'un taux différent de celles des autres chirographaires et qui marque déjà la quote-part qu'il obtiendra dans la liquidation. Or la *Gesammte Hand*, nous l'avons vu, est exclusive de l'idée de quote-part réelle ou même idéale et c'est ce qui la distingue de l'indivision.

Dirons-nous alors que les chirographaires sont dans l'indivision ? Pas davantage, car on ne peut présumer qu'ils ont voulu adopter ce mode de tenure qui interdit toute initiative et engendre de continuelles discordes. En réalité, c'est au profit d'une personne morale que le dessaisissement du débiteur s'est produit. C'est une personne morale qui accorde le Concordat au débiteur ; car dans toute association qui veut et

doit persévérer, une volonté collective se manifeste, formée, il est vrai, des volontés individuelles, mais n'étant le reflet d'aucune d'elles, dirigeant l'entreprise dans l'intérêt de chacun de ses membres, mais n'adoptant point une solution spéciale, favorable à quelqu'un d'entre eux. Cette résultante des forces opposées qui se heurtent à l'intérieur du groupement, est pourtant quelque chose de nouveau auquel il faut donner un nom ; nous l'appelons précisément *personne morale* (1). La conséquence immédiate de cette idée, c'est que le Concordat, œuvre de cette volonté collective *réelle*, ne constitue, à l'égard d'aucun membre de la masse une exception à la règle : « *res inter alios acta* ». En effet, ce serait un non-sens de prétendre que l'associé est un tiers à l'acte ; et sont associés, non point seulement ceux qui y ont participé activement au vote, mais aussi ceux qui ont figuré passivement, c'est-à-dire les absents, les chirographaires conditionnels des créances desquels on a tenu compte pour le calcul de la majorité pécuniaire, soit pour leur montant intégral, soit jusqu'à concurrence d'un taux provisionnel. Ne peuvent être encore considérés comme tiers les créanciers hypothécaires qui, bien qu'empêchés de prendre part au vote sous peine de perdre leurs sûretés, et insuffisamment payés par la vente des immeubles hypothéqués, viennent postérieurement au Concordat réclamer le solde qui leur est dû. Cette solution est vraie, à

(1) Voy. en ce sens la note Thaller précitée, D., 93, I, 107.

l'égard des personnes munies de droits éventuels dont la réalisation et l'exigibilité se sont produites après la tenue de l'assemblée générale ; de ces nouveaux créanciers, non plus que des créanciers délictuels ou quasi délictuels, on ne saurait dire qu'ils ont des tiers au Concordat. Tous sont considérés comme membres de la société de faillite : du fait seul que leurs droits étaient antérieurs à la faillite, ils ont eu accès à la masse ; peu importe qu'ils aient ou non pris part au vote ; ils sont tenus de respecter le traité passé par la personne morale avec le débiteur. Si l'on adopte cette solution, on évite toutes les difficultés auxquelles s'est heurtée la jurisprudence, toutes les fois où elle a voulu déterminer à quels créanciers le Concordat peut être opposé. La question, comme on le voit, ne se pose même pas ; puisqu'aucun chirographaire n'est tiers au contrat, celui-ci profite et nuit à tous.

Certains auteurs, MM. Chéron et Rouast, sont arrivés à la même conclusion que nous, mais ils ont fait intervenir la puissance publique pour enfermer, de vive force, dans le cadre concordataire, les dissidents, les absents, les créanciers inconnus au jour du vote ; M. Chéron, parce qu'il considère le Concordat comme un simple projet avant l'homologation du tribunal ; M. Rouast, parce que sa notion de contrat collectif l'entraîne fatalement à voir dans l'obligation de certains créanciers une exception à l'art. 1165. La jurisprudence, au contraire, est très embarrassée pour

interpréter l'art. 516 C. com. ; elle a cherché vainement un critérium satisfaisant ; tantôt elle a dit que pour se voir opposer le Concordat, le créancier devait avoir un titre antérieur à l'homologation (1) ; tantôt, elle a déclaré que le créancier subissait ou ne subissait pas le Concordat, suivant qu'il avait pu ou non prendre part au vote. Dans les deux cas, elle s'est trompée : la seule question qu'il faille se poser est celle-ci : le créancier qui, à l'égard du débiteur, veut se prévaloir du Concordat faisait-il ou ne faisait-il pas partie de la société de faillite ? Or, il est certain que l'on peut répondre en général par l'affirmative. Le créancier hypothécaire est entré dans la masse sous la condition que l'exécution de ses sûretés ne lui procurerait pas un remboursement intégral ; la condition venant à se réaliser après la cessation de la faillite, opère rétroactivement et il est censé avoir été, antérieurement au Concordat, chirographaire du failli pour le solde de sa créance. La victime d'un délit commis par le commerçant, mais découvert et constaté par le tribunal postérieurement à l'homologation du Concordat, se voit opposer le Concordat par l'ex-failli parce que la créance de dommages-intérêts est la conséquence du délit et non du jugement qui l'arbitre, et que née,

(1) Entre autres arrêts, voy. Cass. req., 9 janv. 1898, D., 98, I, 473, note Thaller. Consultez aussi sur ce point un article de M. Wahl : « Des droits des créanciers hypothécaires sur les biens acquis au failli postérieurement au Concordat. » (*Ann. dr. comm.*, 1902) et l'arrêt de la Cour de Bordeaux qui l'a motivé (25 nov. 1897),

antérieurement au Concordat, elle a donné à la victime accès de la société de faillite (1).

On pourrait multiplier ainsi les exemples et agrandir, par là-même, dans de notables proportions le cadre de la masse. Toutefois il faudrait peut-être en exclure l'acheteur évincé postérieurement à l'homologation et qui recourt en garantie contre son auteur, le failli. Sans doute on peut dire que l'obligation de garantie prend naissance chez le vendeur au moment même où le contrat est formé ; on serait alors tenté, l'éviction une fois consommée, de faire jouer ici la condition suspensive au profit de l'acheteur et de considérer ce dernier comme étant entré dans la masse de la faillite, de l'admettre au bénéfice du Concordat consenti, par la personne morale au failli. Mais cette solution ne nous semble pas heureuse ; il ne faut pas, sous peine

(1) Note Thaller précitée : « En faisant remonter la créance dans ses effets au moment où le délit a eu lieu, on aurait abouti à un résultat tout opposé. Le délit avait précédé le jugement déclaratif de faillite ; or, toutes les créances antérieures à la faillite sont régies par le Concordat. Il importe peu qu'elles n'aient point participé à la vérification des créances. Là même où, pour une cause ou pour une autre, elles ne se seraient fait reconnaître qu'après la clôture de la procédure, elles sont traitées comme les créances liquidées durant la faillite. C'est ce que l'art. 516 décide sans établir de distinction. La disposition n'excepte ni les créances qui seraient encore affectées d'une condition au moment de la faillite, ni même celles qui n'auraient qu'un caractère simplement éventuel à cette date. La survenance de la condition, l'arrivée du fait, qui rend le droit liquide et certain, ne peuvent être interprétées comme donnant naissance à la créance. Celle-ci rétroagit au jour du contrat d'où elle tire sa source. »

de jeter le trouble et la méfiance dans le monde juridique, que vendeur et acheteur soient autorisés à envisager l'éviction comme une condition, une modalité du contrat ; tout au plus peut-on parler ici d'éventualité. L'obligation de garantie ne prend donc naissance que lorsque l'éviction est consommée ; mais alors pour l'acheteur évincé le Concordat est *res inter alios acta* (1).

Une autre conséquence intéressante que l'on devrait tirer de la personnalité morale de la masse, c'est que le Concordat, consenti par elle au failli, est opposable à tous les membres de la masse, quelle que soit leur nationalité. Puisque nous décidons que le Concordat est un contrat, il faut lui appliquer la règle : *locus regit actum*. Sans doute, il est soumis à l'homologation du tribunal du lieu de la faillite, mais cette homologation, qui n'est que le complément d'un formalisme protecteur, n'a de raison d'être qu'au lieu même du contrat ; elle ne constitue pas, à proprement parler, un jugement et, à ce titre, n'a pas besoin

(1) Voy. note Thaller précitée. L'auteur semble approuver un arrêt du 6 juillet 1857 (D. P., 57. 1, 440) qui avait décidé que l'acheteur évincé après le concordat, se retournant en garantie contre son vendeur tombé en faillite, ne devait pas subir le concordat : « Un acheteur peut, à la rigueur, faire partir son droit du jour « même où il est troublé ou évincé. La contre-partie n'est pas « recevable à assigner à ce droit une date plus ancienne, afin de « réduire son obligation de garant à un dividende de concordat ; « car l'acheteur ne se retourne contre le vendeur que du jour où « il est inquiété dans sa possession. Il en est autrement de celui « qui invoque un délit ou un quasi-délit... »

de l'exequatur des tribunaux étrangers. La Cour de cassation (1903) a précisément décidé le contraire en proclamant que c'est l'homologation qui donne l'existence au Concordat. Les motifs qui accompagnent cet arrêt sont ceux que le procureur général Baudoin a fait valoir dans son rapport. Cette solution est fâcheuse car elle met à la merci d'un tribunal étranger le sort d'un Concordat régulièrement voté et contrôlé par la juridiction locale, la seule véritablement compétente pour cela. Du moment, en effet, qu'il aurait été jugé, l'exequatur ayant été refusée, que le Concordat n'est point opposable aux créanciers de telle nationalité, il faudra logiquement en conclure qu'il est inexistant pour tous ; sans cela, le principe de l'égalité des chirographaires dans la faillite, principe universellement admis maintenant, ne serait plus respecté. L'arrêt est d'autant plus critiquable que, d'une part, la nécessité pour le tribunal de protéger tels de ses nationaux, n'apparaît nullement, les règles de la procédure de faillite et du vote du Concordat étant, à peu de choses près, les mêmes dans tous les pays, et que, d'autre part, l'homologation du Concordat, donnée par la juridiction étrangère, ne nous semble pas (suprà) devoir être rangée parmi les jugements proprement dits et ne saurait, comme telle, être soumise à l'exequatur. Toutes difficultés seraient aplanies si l'on se résolvait à considérer la masse chirographaire comme une personne morale dans laquelle s'abolissent

les individualités, disparaissent les nationalités. Cette personne morale, prenant naissance au lieu de la faillite, se dressant devant le commerçant au moment de la crise, serait, en principe, soumise à la loi du domicile de ce dernier. Toutefois, la majorité des créanciers, d'accord avec le failli, pourrait toujours opter pour une autre législation. Les conflits de lois seraient donc évités, comme les conflits de juridictions, et les législations particulières ne reprendraient leur empire que lorsqu'il s'agirait d'apprécier la validité de l'hypothèque prise au nom de la masse sur les biens du débiteur au début de la faillite ou postérieurement au Concordat, ou bien, lorsque le Concordat ayant été refusé au failli, il faudrait assurer dans chaque pays où le débiteur a des immeubles, leur aliénation au profit de la masse.

Malheureusement, on ne peut guère espérer actuellement cette unification de la faillite, cette internationalisation, qui devrait nécessairement correspondre à celle du crédit. Nous ne saurions l'attendre d'une nouvelle convention de La Haye, puisque, d'après l'opinion d'un professeur éminent (1), les conventions européennes, dans lesquelles les représentants de chaque État cherchent à réserver la plus large place à leur législation nationale, compliquent les questions au lieu de les résoudre. Ici, comme dans bien d'autres hypothèses, ce sera l'usage, plus que le traité, qui

(1) M. Pillet.

dégagera des règles nouvelles. Quoi qu'il en soit, nous repoussons de toutes nos forces l'introduction en France des idées autoritaires germaniques ; nous nous refusons à admettre même dans les proportions les plus restreintes l'intervention de la puissance publique dans les contrats des « collectivités », ce serait condamner celles-ci à une mort certaine. Beaucoup d'auteurs protestent actuellement contre le soi-disant abus que l'on fait de la notion de la personnalité morale, pour dénouer toutes les situations embarrassantes ; mais s'ils prétendent y substituer l'idée de puissance publique, nous sommes en droit de critiquer l'intervention de ce *deus ex machina*.

En définitive, en adoptant le criterium de la personnalité morale, pour apprécier la procédure de la faillite, telle que l'a organisée le législateur de 1838, on ne trouve plus l'obscurité, les contradictions dans lesquelles on se perdait tout d'abord. On doit donc souhaiter le maintien d'une institution qui a produit, sans expropriation, sans sacrifices regrettables des *Sonderrechte* d'aucun créancier, les plus heureux résultats. Tout au plus faudrait-il demander l'admission au vote sur le Concordat, des créanciers hypothécaires ou nantis, pour un chiffre qui, quoi qu'on en ait dit, serait facilement déterminable (1). Peut-être

(1) Wahl, Article précité : « Dans la mesure du possible, il serait « à désirer que ces créanciers (hypothécaires) fussent assimilés aux « créanciers chirographaires. L'assimilation eût consisté à leur « permettre d'assister au concordat avec voix délibérative.... Le

même, plus radicalement, devrait-on réduire la proportion des obligataires vis-à-vis des actionnaires, c'est-à-dire des créanciers munis de sûretés vis-à-vis des simples chirographaires. A ce sujet, on pourrait dire des lois récentes sur le nantissement des fonds de commerce qu'elles iront contre leur but, en détruisant le crédit que procurait au commerçant la perspective pour les tiers du dessaisissement et du régime égalitaire de la faillite : aussi bien, ces lois marquent-elles une nouvelle victoire de la saisie germanique sur la *bonorum venditio* romaine. C'est à la vraie procédure latine qu'il faudrait revenir ! D'ailleurs, le crédit, au sens fort du mot, est exclusif de toute sûreté : le véritable créancier commercial n'est que le créancier chirographaire.

« Tribunalat avait proposé que les créanciers fussent admis au concordat sous la condition d'établir que leurs hypothèques ne les désintéresseraient pas complètement : on a bien fait de repousser cette solution : la justification serait souvent difficile ; d'autre part, même s'il n'est désintéressé que partiellement, le créancier hypothécaire, assuré de toucher une portion de sa créance, pourrait être accessible aux sollicitations du failli ou des autres créanciers.... »

Vu :
Le Président de la Thèse,
THALLER.

Vu :
Le Doyen,
CAUWÈS.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
AVANT-PROPOS.....	1 à 5
 PREMIÈRE PARTIE	
La conception individualiste.....	7
CHAPITRE 1 ^{er} . — Position de la question : les éléments du Concordat.....	7 à 12
CHAPITRE II. — L'élément contractuel dans le Con- cordat.....	13 à 23
CHAPITRE III. — L'élément judiciaire dans le Con- cordat.....	24 à 36
CHAPITRE IV. — Examen de deux difficultés.....	37 à 45
 DEUXIÈME PARTIE	
Théories socialistes ou autoritaires.....	47
CHAPITRE 1 ^{er} . — Les conceptions prétoriennes.....	47 à 65
CHAPITRE II. — L'obligation légale.....	66 à 72
CHAPITRE III. — Le Concordat. — Contrat collectif...	73 à 87
CHAPITRE IV. — Un système transactionnel : la Ge- samnte-Hand.....	88 à 97
CONCLUSION.....	98 à 111



Travail exécuté en commandite par des ouvriers syndiqués

SAINT-BRIEUC. — Typ. F. GUYON — (1055-5-10).

